This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 771 109

HARVARD LAW LIBRARY

Received Oct. 25, 1921

ÜBER

14

CONCURRENZ UND COLLISION

DER

RÖMISCHEN CIVILKLAGEN.

VON

DR. WILHELM MARTENS

PRIVATDOCENTEN DER RECHTE AN DER KÖNIGLICHEN UNIVERSITÄT ZU BERLIN.

VERLAG VON BERNHARD TAUCHNITZ

LEIPZIG 1856.

ÜBER

CONCURRENZ UND COLLISION

DER

RÖMISCHEN CIVILKLAGEN.

VON

DR. WILHELM MARTENS

PRIVATDOCENTEN DER RECHTE AN DER KÖNIGLICHEN UNIVERSITÄT ZU BERLIN.

VERLAG VON BERNHARD TAUCHNITZ.

LEIPZIG 1856.

F. B. Coninck Liefsting.

OCT 2 5 1921

SEINEN VEREHRTEN GÖNNERN

VON KELLER UND RUDORFF

HOCHACHTUNGSVOLL GEWIDMET

VOM VERFASSER.

ÜBERSICHT DES INHALTS.

ERSTER THEIL.

Quellenmässige Darstellung.

§. 1. Begriffsbestimmung und Rechtfertigung des Sprachgebrauchs.
§. 2. Gemeinsame Grundlagen der Concurrenz und Collision.
§. 3. Unterschiede zwischen Concurrenz und Collision.
§. 4. Principien für die Anwendung der Concurrenz und Collision.
§. 5. Modificationen der für die Anwendung der Concurrenz und Collision geltenden Principien.
§. 6. Herbeiführung der Collision.

ZWEITER THEIL.

Dogmengeschichte.

§. 1. Literarische Angaben.
§. 2. Terminologien.
§. 3. Juristische Construction der Institute.
§. 4. Concurrenz der Pönalklagen.
§. 5. Concurrenz einer reinen Pönalklage mit einer reipersecutorischen Klage.
§. 6. Collision zwischen einer gemischten und einer reipersecutorischen Klage.

ERSTER THEIL.

Quellenmässige Darstellung.

§. 1.

Begriffsbestimmung und Rechtfertigung des Sprachgebrauchs.

Concurrenz ist die Beziehung zwischen mehreren Klagen, vermöge deren sie neben einander durchgesetzt werden können.

Collision ist das Verhältniss zwischen mehreren Klagen, welches nur eine derselben zur practischen Geltung kommen lässt. —

Die genaueren Requisite der hier vorläufig in allgemeinster Weise definirten Institute werden im Folgenden dargestellt werden.

Was den Römischen Sprachgebrauch betrifft, so bezeichnet das Wort *concurrere* einmal das blosse Zusammentreffen mehrerer Klagen ohne Rücksicht auf die Durchführung (s. l. 60 D. *de* O. et A., l. 43 §. 1, l. 130 D. *de* R. J.): sodann wird durch dasselbe aber auch die Zulässigkeit mehrerer Klagen neben einander ausgedrückt (s. l. 5 §. 1 D. *ad legem Aquil.*). Diese Zulässigkeit kann für den Kläger erfolgreich oder erfolglos sein. Erfolglos ist sie dann, wenn die eine der betreffenden Klagen sich zwar gleich der andern als *de jure* zuständig erweiset, aber durch eine *exceptio* unwirksam gemacht werden kann. Liegt hingegen für keine der mehreren Klagen eine solche Beschränkung vor, so stellt sich die Zulässigkeit als eine erfolgreiche dar.

Zur Bezeichnung der erfolglosen Zulässigkeit giebt es einen besonderen Kunstausdruck. Wenn nemlich von den mehreren competirenden Klagen nur eine wirklich zur Geltung gelangt, so heisst es von der andern nicht zu realisirenden Klage, *tollitur actio* (s. l. 5 §. 1 D. *de calumn.*,

l. 18 §. 1 D. *commod.*, l. 2 §. 1 D. *de tutel. act.*, l. 38 §. 1 D. *pro socio*, l. 54 §. 3 D. *de furtis*, l. 12 C. *de furtis.*)

Aehnliche Ausdrücke sind:

actio consumitur (l. 34 pr. D. *de* O. et A., l. 14 §. 13 D. *quod metus*).

altera actio perimit alteram (l. 34 §. 1 D. *de* O. et A.)

actio finitur (l. 34 §. 2 D. *eod.*, l. 9 §. 6 D. *quod metus*)

actio cessat (l. 47 pr. D. *pro socio*)

actio miscetur (l. 34 §. 2 D. *de* O. et A.)

alterutra actio sufficit (l. 5 §. 1 D. *de calumn.*)

Man thut wohl, im Anschlusse an diese Römische Sprachweise von einer Collision der Klagen zu reden, sobald die eine neben der andern nicht bestehen kann. Im Gegensatz hiezu nehmen wir dann Concurrenz ausschliesslich in dem Sinne der erfolgreichen Zulässigkeit, was sich um so mehr empfiehlt, als das Ziel einer jeden Klage stets auf wirkliche Realisirung gerichtet ist.

Auf diese Weise gewinnen wir getrennte Bezeichnungen für zwei Institute, die ungeachtet der in §. 2 zu entwickelnden gemeinsamen Grundlagen im Resultate wesentlich verschieden sind. Auch die Römer, deren Sprachgebrauch ziemlich flüssig ist, weil sie, wie der folgende Paragraph zeigen wird, auf die gemeinsamen Grundlagen besonderes Gewicht legen, finden es doch zuweilen angemessen, den Gegensatz dadurch anzudeuten, dass sie die erfolgreiche Zulässigkeit mehrerer Klagen durch *non tolli*, *non consumi* oder *non minui* wiedergeben. (s. l. 45 D. *pro socio*, l. 2 §. 1 D. *de tutel act.*, l. 12 C. *de furtis*, l. 7 §. 1 D. *de cond. furt.*, l. 11 §. 2 D. *de servo corr.*).

§. 2.

Gemeinsame Grundlagen der Concurrenz und Collision.

Die mehreren Klagen, welche die Voraussetzung der Concurrenz und Collision bilden, concentriren sich stets in der Person eines Beklagten. Derselbe steht in der Regel nur einem Kläger gegenüber, indessen kann es auch vorkommen, dass in Folge einer Handlung mehrere Personen gegen Einen und Denselben als Kläger auftreten. Einen solchen Fall stellt uns die l. 1 §. 9 D. *de injuriis (Ulpian. lib.* 56 *ad Edictum)* dar:

Idem ait Neratius, ex una injuria interdum tribus oriri injuriarum actionem, neque ullius actionem per alium consumi, utputa uxori meae filiaefamilias injuria facta est, et mihi et patri ejus et ipsi injuriarum actio incipiet competere.

Hierauf lässt sich für die Concurrenz (bei der Collision finden wir überall nur einen Kläger) die Eintheilung in active und passive gründen. Activ ist die Concurrenz, wenn eine Person gegen eine andere wegen desselben Ereignisses mehrmals mit Erfolg klagen, passiv, wenn eine Person aus gleichem Grunde von verschiedenen Individuen mit Erfolg verklagt werden kann. —

Wie schon oben (S. 1) angedeutet worden, sind die in Betracht kommenden Klagen dem Rechte nach alle neben einander zulässig, nur dass die Zulässigkeit bei der Concurrenz eine erfolgreiche, bei der Collision eine erfolglose ist.

Demgemäss wird in den Quellen nicht blos bei der Concurrenz, sondern auch bei der Collision dem Kläger die Befugniss zugesprochen, die mehreren Klagerechte auszuüben.

Für Concurrenzfälle giebt es folgende Ausdrücke:

utrumque judicium exercendum est (l. 42 D. *loc.*)
actio (d. h. die zweite neben der ersten) *salva est* (l. 54 §. 3 D. *de furtis*)
actio competit (l. 29 pr. D. *depositi*, l. 66 D. *de usufr.*)
actio manet (l. 11 D. *arb. furt. caes.*)
actor actionem habet (l. 7 §. 1 D. *de cond. furt.*)
actio deneganda non est (l. 6 pr. D. *ad leg. Jul. de adult.*)
omnibus actionibus experiri permitti (l. 32 D. *de* O. et A.)
agere possum (d. h. mehrmals) (l. 11 §. 2 D. *de servo corrupto*, l. 14 §. 1 D. *de praescr. verb.*)
reus tenetur (l. 22 §. 7 D. *mand.*, l. 5 §. 8 D. *commod.*)

Ganz ähnliche Terminologien finden wir bei Collisionsfällen:

actio (d. h. die zweite collidirende Klage) *est* (l. 43 D. *loc.*, l. 18 §. 1 D. *commod.*)
actio danda est (l. 9 §. 6 D. *quod metus*)
actio manet (l. 9 §. 1 D. *de furtis*)
actio competit (l. 24 D. *de act. rer. amot.*, l. 5 §. 1 D. *de calumn.*, l. 27 §. 34 D. *ad leg. Aquil.*, l. 2 §. 1 D. *de tutel. act.*)
agi potest (l. 71 pr. D. *de furtis*, l. 9 D. *arb. furt. caes.*)

reus conveniri potest (l. 13 D. *de* R. V., l. 18 D. *ad leg. Aquil.*)

reus tenetur (l. 27 §. 11 D. *ad leg. Aquil.*, l. 25 §. 5 D. *loc.*, l. 47 §. 1, l. 48 D. *pro socio*, l. 34 §. 1, 2 D. *de* O. et A.)

Da jedoch von den mehreren Klagen, welche zu einander im Verhältniss der Collision stehen, nur eine Effect haben kann, so wird hin und wieder von vorne herein dem Kläger nur die Wahl unter denselben freigestellt:

vel ex locato vel ex lege Aquilia actio competit (l. 7 §. 8 D. *ad leg. Aquil.*)

vel lege Aquilia vel ex locato recte agit (l. 30 §. 2 D. *loc.*)

in potestate est, qua velit actione actor uti (l. 24 D. *de act. rer. amot.*)

altero judicio amplius non est agendum (l. 27 §. 11 D. *ad leg. Aquil.*)

In diesen Ausdrücken soll keine Abweichung von dem oben dargestellten Wesen der Collision liegen, vielmehr documentirt sich in ihnen nur eine freiere, zwanglose Redeweise. —

Die erste gemeinsame Grundlage der Concurrenz und Collision bildet also eine gegen einen Beklagten gerichtete Mehrheit von Klagen, deren Anstellung neben einander an sich zulässig ist.

Die zweite gemeinsame Grundlage beider Institute besteht darin, dass die mehreren Klagen durch eine Handlung oder ein Ereigniss hervorgerufen sind.

Als das Natürlichste und Regulaire erscheint es jedenfalls, wenn eine Handlung nur nach einer Richtung hin eine Wirkung äussert und demgemäss auch nur eine Klage erzeugt. Auf der anderen Seite ist es natürlich, dass mehrere Handlungen verschiedene Klagen nach sich ziehen, so dass es uns auffällig vorkommen muss, wenn von den mehreren Handlungen die eine ganz ignorirt, und nur die andere als klagerzeugendes Moment anerkannt wird. Wenn dies geschieht, so beruht dies auf besonderen Gründen, die mit der Eigenthümlichkeit des einzelnen Falles zusammenhängen. Einen solchen Fall enthält l. 28 D. *de* A. E. V. *(Julian. lib. 3 ad Urseium Ferocem.)*

Praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi: respondit: venditor antequam poenam ex stipulatu petat ex vendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem

ex stipulatu doli mali exceptio summovebit: si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso jure ex vendito agere non poteris, nisi in id, quod pluris ejus interfuerit, id fieri.

Die eine Thatsache ist der Kaufvertrag nebst dem dazu gehörenden *pactum adjectum*, die andere die Stipulation. Um den Inhalt des *pactum adjectum* zur Geltung zu bringen, sind dem Verkäufer zwei Mittel dargeboten, die *actio ex vendito* und die *actio ex stipulatu*. Da jedoch der Absicht der Partheien gemäss aus der Stipulation keine besondere von dem Inhalte des Nebenvertrages verschiedene Wirkungen hervorgehen sollen, so wird nur die eine oder die andere Klage gestattet, mit der Modification, dass, wenn nach durchgeführter Stipulationsklage der Kläger mit der *actio ex vendito* ein grösseres Interesse nachweisen kann, dies ihm gewährt werden darf. Immerhin kommen aber auch unter den eben angeführten Umständen die beiden Handlungen nicht zu ihrer vollen Geltung, sondern nur eine ganz, die andere dagegen entweder gar nicht oder nur theilweise.

Abgesehen von solchen Ausnahmen entspringt aus einer jeden Handlung, sofern sie an sich klagerzeugend ist, eine besondere Klage: und dies darf uns, wie bemerkt, in keiner Weise Wunder nehmen. Wohl aber liegt darin etwas Eigenthümliches, dass eine Handlung mehrere Klagen nach sich zieht. Diese eigenthümliche Erscheinung wird dadurch ermöglicht, dass man die eine Handlung unter mehrere juristische Gesichtspunkte bringt und nach dieser Mehrheit der juristischen Gesichtspunkte die Wirkungen bestimmt. Für die in Folge dessen entstehenden mehreren Klagen bildet nun die eine Handlung die vermittelnde Beziehung. Eine solche vermittelnde Beziehung würde für die mehreren Klagen ganz fehlen, wenn wir eine Mehrheit von Handlungen als Grundlage der Concurrenz und Collision ansehen wollten.

Nicht nur die juristische Consequenz weiset uns an, auf die Identität der Handlung das grösste Gewicht zu legen, sondern auch die Quellen geben in diesem Sinne Andeutungen.

So stellt Paulus in dem uns erhaltenen Bruchstücke aus dem *liber singularis de concurrentibus actionibus* (l. 34 pr. D. *de* O. et A.) die Einheit der Handlung an die Spitze seiner Untersuchung:

Qui servum alienum injuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem injuriarum .....

In dem Principium der l. 34 wird die Concurrenz dargestellt; im weiteren Verlaufe berührt Paulus die Collision, indem er ebenfalls nur eine Handlung (das *surripere* oder *subtrahere*) voraussetzt.

Desgleichen wird in l. 41 §. 1 D. *de* O. et A. *(Paulus lib.* 22 *ad Edictum)* die Einheit der Handlung betont:

Si ex eodem facto duae competant actiones...

Sodann heisst es in Bezug auf den Vormund, welcher seinen Pupillen bestohlen hat in l. 1 §. 22 D. *de tutel. act. (Ulp. lib.* 36 *ad Edictum):*

.... nec enim eadem est obligatio furti ac tutelae, ut quis dicat plures esse actiones ejusdem facti, sed plures obligationes.....

Ferner werden in l. 43 D. *locati* aus der einen Verwundung *(ejusdem vulneris nomine)* zwei Rechtsmittel abgeleitet.

Endlich führt auch Hermogenian in der berühmten l. 32 D. *de* O. et A. die Concurrenz der *actio legis Aquiliae* und der *actio arborum furtim caesarum* auf eine Handlung, nemlich das Abhauen der Bäume zurück.

Was das Wesen der bei der Concurrenz und Collision in Betracht kommenden Handlung betrifft, so kann nicht nur eine einzelne Handlung, sondern auch, ein ganzer Complex von Handlungen, sofern sie denselben Character haben, die Basis der mehreren Klagen bilden. Wenn z. B. ein Socius Gegenstände, die der Gesellschaft gemeinsam sind, durch mehrere nützliche Verwendungen verbessert oder aus dergleichen Sachen zu verschiedenen Malen Früchte zieht, so gelten diese Momente als einheitliche Grundlage der mehreren Klagen: s. l. 38 §. 1 D. *pro socio (Paulus lib.* 6 *ad Sabinum):*

Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quas impensas in eas fecero, quosve fructus ex his rebus ceperis vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum: et altera actione alteram tolli Proculus ait. —

Die eine Handlung bleibt für die mehreren Klagen auch dann noch die vermittelnde Beziehung, wenn sie für eine derselben unmittelbarer, für die andere hingegen nur mittelbarer Entstehungsgrund ist. Namentlich geschieht dies, wenn jemand ein Delict verübt und dadurch zugleich einen bestehenden Vertrag verletzt. Ein passendes

Beispiel bietet hiezu l. 42 D. *locati (Paulus lib. 13 ad Edictum):*

Si locatum tibi servum surripias, utrumque judicium adversus te est exercendum, locati actionis et furti.

Obwohl in diesem Falle das *surripere* ohne Existenz des Miethsvertrages nicht als Vertragsverletzung gelten könnte, so wird die bezeichnete Handlung dennoch ebenfalls als Veranlassung der *actio locati* angesehen. Sie giebt für die *actio locati* den mittelbaren, für die *actio furti* den unmittelbaren Entstehungsgrund ab.

Recht deutlich tritt jene Bedeutung der Handlung in l. 47 §. 1 — l. 49 D. *pro socio* *) hervor:

Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum et Celsus et Julianus et Pomponius scribunt, sed nihilominus et pro socio tenetur, si hoc facto societatem laesit.

Hier wird die Beschädigung, abgesehen von ihrer Wichtigkeit für die *actio legis Aquiliae* zugleich als Quelle der *actio pro socio* dargestellt, obwohl die beiden Klagen von verschiedener Beschaffenheit sind. Somit ist auch in derartigen Fällen das Requisit der Identität der Handlung nachzuweisen. Vgl. l. 25 §. 5 D. *loc.*, und l. 18 §. 1 D. *commod.* —

Nur eine solche Handlung kann den concurrirenden und collidirenden Klagen zur Basis dienen, welche mehrere getrennte Verpflichtungsgründe in sich birgt.

Der Umstand, dass eine Handlung unter mehrere rechtliche Gesichtspunkte fallen kann, ist an sich noch nicht geeignet, zu bewirken, dass eine Reihe von Klagen vor Gericht angestellt werde. Vielmehr darf, wenn die Verschiedenheit der rechtlichen Gesichtspunkte auf eine und dieselbe materielle Verpflichtung hinausläuft, dem Berechtigten nur die Wahl zwischen mehreren Rechtsmitteln eingeräumt werden. Denn es würde durchaus unstatthaft sein, wenn derjenige, welcher nur einmal verpflichtet ist, zweimal leisten sollte.

Auf solche Fälle, in denen sich zwar mehrere juristische Gesichtspunkte, aber nicht mehrere besondere Verpflich-

*) Diese Stellen sind theils aus dem 30ten Buche Ulpian's *ad Sabinum* theils aus dessen 31ten Buche des Edictscommentars, theils aus dem 6ten Buche des Paulus *ad Sabinum* entnommen.

tungsgründe unterscheiden lassen, deutet Modestin in l. 53 pr. D. *de* O. et A. *(lib. 3 Regularum)* hin:

Plura delicta in una re plures admittunt actiones; sed non posse omnibus uti, probatum est: nam si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo, non omnibus utendum est.

Lassen wir einstweilen die erste Hälfte der Stelle, welcher wir später specielle Aufmerksamkeit zuwenden wollen, ganz unberücksichtigt, und halten nur die zweite Hälfte fest: so spricht der Jurist in Folge des Umstandes, dass den mehreren Klagen eine Obligation zu Grunde liege, dem Kläger nur eine derselben zu. Vielleicht denkt er an den Fall, wo wegen derselben Handlung die *actio furti* und die *actio vi bonorum raptorum* zusammentreffen.

Die *rapina* ist ein *furtum manifestum*, also kein eigenthümliches Delict, sondern nur eine besondere Qualification des Diebstahls (s. *Gajus* III §. 209*) und l. 80 §. 3 D. *de furtis***). Der Prätor, welcher die *actio vi bonorum raptorum* proponirte, wollte keine neue rechtliche Verpflichtung begründen, sondern dem Verletzten nur die Auswahl zwischen mehreren Rechtsmitteln anheimgeben. Dies erhellt zunächst aus l. 2 §. 10 D. *vi bonor. rapt. (Ulp. lib. 56 ad Edictum):*

Ceterum neque furti actio neque legis Aquiliae contributae sunt in hoc Edicto, licet interdum communes sint cum hoc Edicto: nam Julianus scribit, eum, qui vi rapit, furem esse improbiorem, et si quid damni coactis hominibus dederit, utique etiam Aquilia poterit teneri.

In den Basiliken *(lib. 60 tit. 17 cap. 2)* ist die Stelle so wiedergegeben:

οὔτε γὰρ ἡ περὶ κλοπῆς εἰς τὸ διπλάσιον ἀγωγή, οὔτε ὁ Ἀκουΐλιος περιέχονται τούτῳ τῷ διατάγματι, κἂν ἔχωσι περὶ αὐτὸ κοινωνίαν. καὶ ὁ ἅρπαξ γὰρ ἀναιδής ἐστι κλέπτης, καὶ ὁ ζημίαν ποιήσας ἀνθρώπων συναχθέντων, ἐνάγεται τῷ Ἀκουϊλίῳ.

---

*) *Qui res alienas rapit, tenetur etiam furti: quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui rapit? itaque rectè dictum est, eum improbiorem furem esse: sed propriam actionem ejus delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum:....*

**) *(Papinian. lib. 12 Quaestionum): Quum raptor omnimodo furtum facit, manifestus fur existimandus est.*

nam nec furti in duplum actio neque Aquilia continentur hoc Edicto, licet habeant cum eo communionem. Nam et raptor est fur improbus et is, qui damnum intulit hominibus coactis, tenetur Aquilia.

Ich lege der l. 2 §. 10 folgenden Sinn bei:

„Wiewohl die *actio furti* bisweilen mit der *actio vi bonorum raptorum* gemeinsame Requisite hat, wenn nemlich der Diebstahl manifest ist, und wiewohl die *actio vi bonorum raptorum* gleich der *actio legis Aquiliae* eine Beschädigung involvirt, wenn der Raub mit Zuziehung von Sklaven geschehen ist, so hat der Prätor doch nicht beide neben einander, sondern nur eine von ihnen gestattet (weil eben nur eine materielle Verpflichtung vorliegt)."

Unbestimmt ist die Fassung der l. 2 §. 26 D. *eod.:*

Rerum raptarum nomine etiam furti vel damni injuriae vel condictione agi potest, vel certe singulae res vindicari possunt.

Viel deutlicher drücken sich dagegen folgende Stellen aus:

l. 88 D. *de furtis (Paulus lib. sing. de concurrentibus actionibus):*

Si quis egerit vi bonorum raptorum, etiam furti agere non potest: quodsi furti elegerit in duplum agere, potest et vi bonorum raptorum agere sic, ut non excederet quadruplum.

l. 1 D. *vi bonor. rapt. (Paulus lib. 22 ad Edictum):*

Qui rem rapuit et furti nec manifesti tenetur in duplum et vi bonorum raptorum in quadruplum: sed si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda est furti: si ante furti actum est, non est illa deneganda, ut tamen id, quod amplius in ea est, consequatur.

Bemerkenswerth ist die Wahl der Ausdrücke *agere non potest* und *actio deneganda est*, während bei den eigentlichen Collisionsfällen dem Kläger die Befugniss zur Anstellung beider Klagen unbedingt zugesprochen wird (S. oben S. 3). Eine wahre Ausnahme von unserer Behauptung, dass in dem betreffenden Falle nur eine der mehreren Klagen zulässig sei, ist auch in den Schlusssätzen der beiden Stellen nicht enthalten, wie sich alsbald zeigen wird.

Der Prätor hatte dem durch die *rapina* Verletzten das *quadruplum* zugedacht, und zu dem Ende die *actio vi bonorum raptorum* eingeführt. Mehr als das *quadruplum* soll dem Verletzten nicht zufallen, ohne dass ihm jedoch die Mög-

lichkeit entzogen ist, diesen Betrag zum Theil mit der schon früher introducirten *actio furti*, zum Theil mit der neuen *actio vi bonorum raptorum* einzutreiben. Somit erlangt der Kläger, auch wenn er es wirklich vorziehen sollte, statt einer Klage mit demselben Erfolge zwei Klagen anzustellen, im Grunde nur das, was er mit der *actio vi bonorum raptorum* von Anfang an durchsetzen konnte. Ein eigentlicher Collisionsfall würde nur dann vorliegen, wenn dem Kläger gestattet wäre, beide Klagen auf ihren vollen Betrag (das *duplum* und das *quadruplum*) anzustellen: dies geht aber in unserem Beispiel nicht an, weil die beiden Klagen nur *ex una obligatione* herrühren.

Ein anderes Beispiel, in welchem sich bei mehreren Klagen mehrfache Verpflichtungsgründe nicht nachweisen lassen, bietet der Digestentitel *de publicanis*.

Es schien dem Prätor angemessen, gegen die Publicanen wegen der von ihnen zu vertretenden Beschädigungen, Diebstähle und Räubereien eine besondere Klage zu verleihen (l. 1 §. 2 D. *de publicanis*).*) Diese neue Klage hatte dieselben materiellen Voraussetzungen, wie beziehungsweise die *actio furti, legis Aquiliae* und *vi bonorum raptorum:* es war kein neuer Verpflichtungsgrund hinzugetreten. Daher konnte der Verletzte entweder die betreffende Delictsklage oder die gegen die Publicanen als solche gerichtete geltend machen. (s. l. 1 §. 4 D. *eod.*).**) Nach Analogie der l. 88 D. *de furtis* und l. 1 D. *vi bonor. rapt.* dürfte dem Verletzten auch hier eine ähnliche Theilung der Rechtsmittel zugestanden worden sein, sofern er die kleinere Klage vor der grösseren angestellt hat.

Sodann hat der Fall, wo die *actio tutelae* der *actio rationibus distrahendis* begegnet, mit den Grundbedingungen der Concurrenz und Collision nichts gemein.

---

*) *Ulp. lib. 55 ad Edictum:*

Dixerit aliquis, quid utique hoc Edictum propositum est, quasi non et alibi Praetor providerit furtis, damnis, vi raptis? Sed e re putavit, et specialiter adversus publicanos Edictum proponere.

**) *Et restituendi facultas publicano vi abreptum datur: quodsi fecerit, omni onere exuitur, et poenali actione ex hac parte Edicti liberatur. Unde quaeritur, si quis velit cum publicano non ex hoc Edicto, sed ex generali vi bonorum raptorum, damni injuriae vel furti agere, an possit. Et placet posse: idque Pomponius quoque scribit: est enim absurdum, meliorem esse publicanorum causam, quam ceterorum effectam opinari.*

Der Vormund, welcher ohne diebische Absicht eine Sache des Pupillen wegnimmt, verletzt dadurch seine Obliegenheiten *ex tutela.* Dieses *„rem ex bonis pupilli auferre"* (s. l. 2 pr. D. *de tutel. act.)* ist zwar eine gesetzlich gemissbilligte Handlung, aber nicht ein selbstständiges Delict. Daher tritt durch dieses ohne den *animus furandi* unternommene *auferre* der Vormund in keine weitere Verbindlichkeit, sondern es hat bei der Verletzung der *obligatio ex tutela* sein Bewenden. Dies lehrt Ulpian in l. 1 §. 21 D. *de tutel. act. (lib. 36 ad Edictum):*

In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat, et ideo sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra tutelae actio quod ad speciem istam peremta est.

Endlich mache ich auf l. 9 §. 1 D. *de tribut. act. (Ulp. lib. 29 ad Edictum)* aufmerksam, aus welcher Stelle wir ebenfalls ersehen, dass die Identität der Obligation die Zulässigkeit mehrerer auf dasselbe Factum zurückzuführender Klagen ausschliesst:

Eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio an de tributoria, quum scit sibi regressum ad aliam non futurum.

Denn der Paterfamilias haftet hier nur aus einer Obligation, nemlich der, das Peculium zu vertreten. Diese Vertretungspflicht bleibt dieselbe, auch wenn der Haussohn mit Wissen des Vaters die *merx peculiaris* zum Betriebe eines Handelsgeschäftes verwendet hat: danach regelt sich dann das Verhältniss der *actio de peculio* zur *actio tributoria.*

Soviel über die *„plures actiones, quae ex una obligatione nascuntur."* —

Nach Ausscheidung der vorgeführten Fälle von unserer Lehre soll nunmehr gezeigt werden, dass die Concurrenz und Collision stets mehrere getrennte Verpflichtungsgründe zur Voraussetzung haben müsse. Wir knüpfen dabei an die vorhin erwähnte l. 1 §. 21 D. *de tutel. act.* an. In §. 21 wurde gesagt, dass der Vormund wegen der Ablation aus dem Vermögen des Pupillen *ex una obligatione* entweder mit der *actio tutelae* oder mit der *actio rationibus distrahendis* in Anspruch genommen werden könne. An diese Bemerkung schliesst sich der §. 22:

Hunc tamen tutorem, qui intercepit pecuniam pupillarem et furti teneri Papinianus ait: qui etsi furti teneatur, hac actione

conventus furti non liberatur: nec enim eadem est obligatio furti ac tutelae, ut quis dicat plures esse actiones ejusdem facti, sed plures obligationes, nam et tutelae et furti obligatur.

Ganz ausdrücklich wird hier die Concurrenz der *actio rationibus distrahendis* mit der *actio furti* dadurch motivirt, dass mehrere Obligationen existiren, von denen die eine aus dem Contract, die andere aus dem Delict herrührt.

Wegen dieser Bedeutung der mehreren Obligationen muss bei der Beurtheilung einer strafbaren Handlung vor Allem untersucht werden, ob sie mehrere getrennte Delicte involvirt: erst wenn dies feststeht, weiss man, dass mehrere Obligationen vorliegen und dass in Folge dessen eine Klagenconcurrenz möglich ist. In diesem Sinne spricht Paulus in l. 34 pr. D. *de* O. et A. aus:

Qui servum alienum injuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem injuriarum: injuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa: et ideo possunt utrae competere.... Ebenso kommt es in dem Falle der l. 25 D. *de injuriis* vor Allem darauf an, ob die Schwängerung einer Sklavin, abgesehen davon, dass sie eine Injurie gegen den Herrn enthält, als Vermögensbeschädigung anzusehen sei. Ulpian nimmt dies mit einigen Juristen an, wenn die Sklavin noch nicht mannbar war: während andere sich dagegen erklärten. Die Differenz bezog sich also nur darauf, ob jene Handlung als die Quelle mehrerer Delicte anzusehen, nicht aber ob, falls dies feststände, die Concurrenz der *actio legis Aquiliae* und *actio injuriarum* zuzulassen sei. So ist die l. 25 *cit. (Ulp. lib.* 18 *ad Edictum)* zu verstehen, welche lautet:

Si stuprum serva passa sit, injuriarum actio dabitur: .... vel si virginem immaturam stupraverit, etiam legis Aquiliae actionem competere, quidam putant.

Desgleichen sind in l. 14 §. 1 D. *de praescript. verb.* die Ausdrücke: *de vestimentis* und *de servo* auf verschiedene Obligationen zu beziehen, indem die eine Handlung (das *spoliare*) erstlich einen Diebstahl an den Kleidern und sodann eine mit der *actio legis Aquiliae utilis* zu verfolgende Beschädigung des Sklaven enthält.

Nicht nur die Concurrenz, sondern auch die Collision kann ohne eine Mehrheit selbstständiger Verpflichtungsgründe nicht gedacht werden, wie aus einigen Beispielen zu ersehen ist.

So lassen sich in dem Falle der l. 47 §. 1 — l. 49 D. *pro socio* (s. S. 7) mehrere Obligationen unterscheiden: der Socius haftet einmal wegen *damnum injuria datum*, ausserdem hat er sich aber wegen Verletzung des Gesellschaftsvertrages obligirt. Dass zwischen den beiden Klagen, welche zur Verfolgung der Obligationen dienen, Collision eintritt, sagt die l. 50 D. *eod.*

Nicht minder liegen in der l. 38 §. 1 D. *eod.* (s. S. 6) getrennte Obligationen vor. Der Socius ist zur Erstattung der Impensen erstens aus dem Societätscontract verbunden: dazu kommt die aus der Gemeinschaft entspringende Verpflichtung, welche die *actio communi dividundo* hervorruft.

Endlich obligirt sich der Commodatar, welcher an der commodirten Sache ein *furtum* verübt, wegen der hiedurch gewonnenen unhaltbaren Bereicherung, und haftet demgemäss mit der *condictio furtiva.* Daneben macht er sich einer Vertragsverletzung schuldig, und ist dieserhalb mit der *actio commodati* zu belangen, s. l. 34 §. 1 D. *de* O. et A.:

Si is, cui rem commodavero, eam surripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et condictione: sed altera actio alteram perimit .....

Was die Beschaffenheit der Verpflichtungsgründe betrifft, so können dieselben entweder auf einer speciellen oder einer allgemeinen Pflicht beruhen. Die Pflicht ist speciell, wenn sie nur gewisse Individuen in Folge bestimmter Vorgänge bindet. Solche specielle Pflichten sind die Obligationen, welche durch Vertrag oder Delict zwischen zwei Personen eine rechtliche Beziehung vermitteln. Im Gegensatz zu dieser speciellen Pflicht giebt es eine von dem obligatorischen Nexus unabhängige allgemeine Pflicht, welche auf Anerkennung des dinglichen Rechts gerichtet ist. Die Verweigerung dieser Anerkennung bildet daher auch einen besonderen Verpflichtungsgrund, s. l. 54 §. 3 D. *de furtis (Gajus lib.* 13 *ad Edictum provinciale):*

Quum furti actio ad poenae persecutionem pertineat, condictio vero et vindicatio ad rei recuperationem, apparet recepta re nihilominus salvam esse furti actionem, vindicationem vero et condictionem tolli, sicut ex diverso post solutam dupli aut quadrupli poenam salva est vindicatio et condictio.

l. 24 D. *de act. rer. amot. (Ulp. lib.* 5 *Regularum):*

Ob res amotas vel proprias viri vel etiam dotales tam vindi-

catio tam condictio viro adversus mulierem competit, et in potestate est, qua velit actione uti.

Während nemlich die *actio furti* das Delict urgirt und die *condictio* sich auf die unhaltbare Bereicherung stützt, ist die *rei vindicatio* auf Anerkennung des Eigenthums gerichtet.

§. 3.

Unterschiede zwischen Concurrenz und Collision.

Die gemeinsamen Grundlagen der Concurrenz und Collision bestanden darin, dass bei beiden Instituten in Folge einer Handlung mehrere an sich zulässige Klagen gegen eine Person vorliegen, welche auf getrennte Verpflichtungen zurückzuführen sind. In Bezug auf den Character der Verpflichtungen gehen Concurrenz und Collision aus einander.

Das Wesen dieser Verschiedenheit kann nur auf Grund folgender Erwägung klar werden.

Das Ziel der Klagen ist gerichtet auf die Erwirkung einer Handlung von Seiten des Beklagten, sei es, dass diese Handlung sich in einem Geben oder Anerkennen äussert, sei es, dass sie in einem positiven Thun besteht oder als Omissivhandlung erscheint. Nach der Beschaffenheit der intendirten Handlung sondern sich die Gebiete der einzelnen Klagen. Die Beschaffenheit der Handlung oder Leistung an und für sich können wir als den factischen Gegenstand der Klage bezeichnen. So ist bei der *rei vindicatio* die Anerkennung des Eigenthums nebst dem, was sich daraus ergiebt, der factische Gegenstand: bei der *actio mutui* besteht der factische Gegenstand in der Zahlung der geschuldeten Geldsumme.

Diesem factischen Gegenstande lässt sich der rechtliche Gegenstand der Klagen gegenüberstellen.

Der rechtliche Gegenstand ist die Beschaffenheit der von dem Kläger geforderten Leistung nicht an sich, sondern ihrer Bestimmung nach. Die Leistung kann eine doppelte Bestimmung haben. Entweder soll dem Kläger durch die Leistung eine positive Bereicherung verschafft, oder ihm nur der von dem Beklagten angerichtete Schaden einfach vergütet werden. Hienach unterscheiden die Römer *poena* und *rei persecutio* als zwei gesonderte juristische Klagobjecte, s. l. 7 §. 1 D. *de cond. furt. (Ulp. lib. 42 ad Sabinum)*:

Furti actio poenam petit legitimam, condictio rem ipsam ..... l. 12 C. *de furtis (Diocletianus et Maximianus Quintae)*:

.... *extra poenam rei persecutionem esse nulla juris quaestio est.*

Ueber den Character der *poena* im Gegensatz zu der *rei persecutio* ist namentlich l. 18 D. *quib. ex caus. maj. (Paulus lib.* 12 *ad Edictum)* belehrend:

Sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium majoribus damus, in quibus rei duntaxat persequendae gratia queruntur, non quum et lucri faciendi ex alterius poena vel damno auxilium sibi impertiri desiderant.

Während hier die *poena* geradezu als ein *lucrum* des Klägers aufgefasst wird, hebt l. 35 D. *de* O. et A. *(Paulus lib.* 1 *ad Edictum Praetoris)* bei der *rei persecutio* das Moment der blossen Schadensvergütung hervor:

..... *Illae autem (actiones) rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest....*

Reipersecutorisch sind ausser einer grossen Zahl persönlicher Klagen auch die dinglichen, wie Gajus in l. 54 §. 3 D. *de furtis* bemerkt:

Quum furti actio ad poenae persecutionem pertineat, condictio vero et vindicatio ad rei recuperationem .....

Durch die *poena* und *rei persecutio* werden also die einzelnen factischen Gegenstände der Klagen hinsichtlich ihrer Bestimmung characterisirt. Die Klagen, welche eine *poena* enthalten, haben stets einen gleichen factischen Gegenstand, nemlich das Geben einer Summe Geldes. Bei den reipersecutorischen Klagen hingegen sind die factischen Objecte sehr mannigfaltig: sie können gerichtet sein auf Herausgabe einer Sache, Auseinandersetzung u. s. w.

Wir werden hierauf später genauer zurückkommen. —

Jener oben dargestellte Gegensatz zwischen *poena* und *rei persecutio* hat die practische Folge, dass die *rei persecutio* ihrer Tendenz nach stets nur einmal zur Geltung kommen kann: wogegen, wenn die betreffende Handlung unter den Gesichtspunkt mehrerer mit Privatstrafe bedrohter Delicte fällt, jede *poena* als ein besonderes juristisches Object gilt, so dass dem Verletzten eine mehrfache Bereicherung zu Theil wird.

Diese Verschiedenheit der rechtlichen Gegenstände ist für unsere Lehre von der weitreichendsten Bedeutung.

Ulpian bringt dieselbe in directe Verbindung mit der Klagenconcurrenz, indem er in l. 7 §. 1 D. *de cond. furt.* sagt:

Furti actio poenam petit legitimam, condictio rem ipsam: ea res facit, ut neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem consumatur .....

Diese wenigen Worte enthalten das Fundamentalprincip für die Klagenconcurrenz. Da nun ausdrücklich gelehrt wird, dass die beiden bezeichneten Klagen concurriren können, weil ihre rechtlichen Gegenstände differiren, so müssen wir umgekehrt annehmen, dass die Collision, bei welcher die Zulässigkeit der mehreren Klagen keinen reellen Erfolg hat, stattfinde, sobald eine Verschiedenheit der rechtlichen Gegenstände nicht wahrzunehmen ist. Und dies wird denn auch in der That in l. 15 §. 12 D. *quod vi aut clam (Ulp. lib. 71 ad Edictum)* bezeugt:

Quia autem hoc interdictum (nemlich *quod vi aut clam*) *id, quod interest, continet, si quis alia actione fuerit consecutus id, quod interfuit, opus non esse factum, consequens erit dicere, ex interdicto nihil eum consequi oportere.*

Da sowohl das Interdict als die andere nicht näher bezeichnete Klage reipersecutorischer Natur ist, so wird wegen dieser Gleichartigkeit der Eintritt der Collision, vermöge deren nur das eine Rechtsmittel durchgesetzt werden kann, als das consequente Resultat dargestellt.

Der Einfluss des rechtlichen Gegenstandes auf Concurrenz und Collision wird sodann in l. 54 §. 3 D. *de furtis* sichtbar:

Quum furti actio ad poenae persecutionem pertineat, condictio vero et vindicatio ad rei recuperationem, apparet, recepta re nihilominus salvam esse furti actionem, vindicationem vero et condictionem tolli, sicut ex diverso post solutam dupli aut quadrupli poenam salva est vindicatio et condictio.

Diese Stelle ist zugleich bemerkenswerth wegen des schwankenden Sprachgebrauchs, welcher sich, wie S. 2 angedeutet worden, in den Römischen Bezeichungen für Concurrenz und Collision findet. Es wird nemlich in der l. 54 §. 3 die Redeweise *actio salva est* einmal gebraucht, um anzudeuten, dass die Klage durchgesetzt werden könne, sodann aber, um auszudrücken, dass die Anstellung der Klage an sich möglich sei. Denn dass von den beiden rei-

persecutorischen Rechtsmitteln, der *condictio furtiva* und der *rei vindicatio* nur eines oder das andere dem Bestohlenen die Vergütung des Schadens verschaffen kann, wird in §. 19 J. *de obl. quae ex del.* sehr deutlich hervorgehoben:

Furti actio sive dupli sive quadrupli tantum ad poenae persecutionem pertinet, nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre.

Hienach ist auch folgender Satz der l. 7 §. 1 D. *de cond. furt.* zu verstehen:

... is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti et condictionem et vindicationem ..... —

Im Bisherigen wurden solche Klagen vorausgesetzt, denen entweder nur eine *poena* oder nur die *rei persecutio* zu Grunde liegt. Neben diesen giebt es noch eine Combination beider Elemente, welche den Inhalt der *actio poenalis mixta* bildet. Die *actio poenalis mixta*, oder schlechtweg *mixta* genannt, hat also mit Rücksicht auf die Beschaffenheit ihrer Bestandtheile eine doppelte Tendenz: sie will dem Kläger ausser einfacher Vergütung des Schadens auch einen positiven Gewinn zuführen. In Folge dieser Doppelseitigkeit ist übrigens den *actiones mixtae* eine verschiedene juristische Behandlung zu Theil geworden, je nachdem auf den pönalen oder auf den reipersecutorischen Bestandtheil Gewicht gelegt wurde. So kam es, dass die *actio mixta* bisweilen als eine reine Pönalklage, in andern Fällen dagegen als eine rein reipersecutorische galt, und dass hienach der Eintritt der Concurrenz oder Collision bestimmt wurde.

Wie sich dies im Einzelnen gestaltet hat, wird später ausgeführt werden.

§. 4.

Principien für die Anwendung der Concurrenz und Collision.

Auf Grund der im vorigen Paragraphen erörterten Verschiedenheit der rechtlichen Gegenstände ergeben sich in Verbindung mit der doppelseitigen Natur der *actiones mixtae* für die Anwendung der Concurrenz und Collision folgende Regeln, deren Dasein aus den Quellen entwickelt werden soll:

1) Wenn mehrere reine oder gemischte Pönalklagen zusammentreffen, so concurriren sie: eben dies geschieht, wenn

zu einer reinen Pönalklage eine gemischte oder reipersecutorische Klage hinzukommt.

2) Wenn hingegen eine *actio mixta* einer reipersecutorischen Klage begegnet oder zwei reipersecutorische Klagen zusammentreffen, so tritt Collision ein.

Wir wenden uns zur ersten Regel.

Was das Verhältniss mehrerer Pönalklagen, reiner und gemischter, zu einander betrifft, so scheinen folgende zwei Stellen die Concurrenz derselben auszusprechen:

l. 60 D. *de* O. et A. *(Ulp. lib.* 17 *ad Edictum)*:

Nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit.

l. 130 D. *de* R. J. *(Ulp. lib.* 18 *ad Edictum)*:

Nunquam actiones ***praesertim*** *poenales de eadem* ***re*** *concurrentes alia aliam consumit.*

Die erste Stelle ist specieller als die zweite: l. 60 hat es ausschliesslich mit den Pönalklagen zu thun, während dieselben in l. 130 nur beispielshalber erwähnt sind: sodann bezieht sich die eine auf *eadem res*, die andere auf *eadem pecunia.*

Betrachten wir zunächst die l. 130, so kann sie eine allgemeine Bedeutung für die Klagen überhaupt nur dann in Anspruch nehmen, wenn sie so paraphrasirt wird:

„Der Umstand, dass mehrere Klagen, welche einer Person auf Grund verschiedener Handlungen zustehen, auf dieselbe Sache sich beziehen, ist kein Hinderniss für die Durchsetzung der Klagen, am wenigsten der Pönalklagen."

Höchst wahrscheinlich ist es, dass Ulpian bei Abfassung der in l. 130 niedergelegten Regel unter andern die l. 10 D. *de* A. E. V. vor Augen hatte, in welcher mehrere Klagen von nicht pönalem Charakter zusammentreffen. Die l. 10 D. *de* A. E. V. *(Ulp. lib.* 46 *ad Sabinum)* lautet:

Non est novum, ut duae obligationes in ejusdem persona de eadem re concurrant: quum enim is, qui venditorem obligatum habebat, ei, qui eundem venditorem obligatum habebat, heres extiterit, constat, duas esse actiones, in ejusdem persona concurrentes, propriam et hereditariam .....

Die Wahl des Ausdruckes *de eadem re concurrere* und die Fassung des ersten Satzes als Regel (vergl. auch l. 5 D.

de fidejussor.) *) stimmen überraschend mit unserer l. 130 überein.

Sowie in l. 10 D. *de* A. E. V. die Leistung einer Sache, z. B. des *fundus Cornelianus*, zweimal von Demselben versprochen war, kann eine Sache auch die Veranlassung zu mehreren Delicten einer Person bieten. Aus solchen wiederholten Verletzungen derselben Sache durch Delicte pflegen Pönalklagen zu entspringen, und dass dergleichen Fälle häufiger vorkommen, als die Beziehungen mehrerer contractlicher Verbindlichkeiten auf dieselbe Sache, deutet Ulpian in l. 130 mit den Worten *praesertim poenales* an. Beispiele von *actiones poenales de eadem re concurrentes* liefert die l. 2 D. *de privat. delict. (Ulp. lib.* 43 *ad Sabinum)*, aus welcher ich den §. 1 heraushebe:

Qui igitur hominem surripuit et occidit, quia surripuit, furti, quia occidit, Aquilia tenetur, neque altera harum actionum alteram consumit.

Der Sklave, welchen der Delinquent gestohlen und dann getödtet hat, ist hier *eadem res*, auf welche sich die mehreren Klagen des Herrn beziehen. Der Schluss der l. 2 §. 1 stimmt mit der Ulpianischen Regel sogar wörtlich überein.

Aber auch ganz abgesehen von den wörtlichen Anklängen der l. 10 D. *de* A. E. V. und l. 2 §. 1 D. *de privat. delict.* an die l. 130 erhebt der Umstand unsere Interpretation dieser Stelle über allen Zweifel, dass sie aus einer Quelle entlehnt ist, welche in gleicher Weise den in l. 2 §. 1 D. *de privat. delict.* enthaltenen Fall behandelt. Die l. 130 stammt aus dem achtzehnten Buche des Ulpianischen Edictscommentares: ebendaher rührt die l. 27 pr. D. *ad leg. Aquil.*:

Si servus servum alienum surripuerit et occiderit, et Julianus et Celsus scribunt et furti et damni injuriae competere actionem.

Hiedurch ist die Beziehung der l. 130 zu Fällen der angegebenen Art dargethan.

Die Worte der l. 130: *de eadem re* sind für das Verständniss der Regel von grösster Wichtigkeit: daher ist es von Seiten der Redactoren der Basiliken ein arges Versehen,

---

*) (*Ulp. lib.* 46 *ad Sabinum*):

..... *Refert autem haec ad speciem, in qua vult ostendere, non esse novum, ut duae obligationes in unius persona concurrant* .....

dass sie unsere Stelle mit Auslassung jener Worte in *lib.* 2 *tit.* 3 *cap.* 130 so gefasst haben:

Ἀγωγαὶ τρέχουσαι καὶ μάλιστα ποινάλιαι οὐκ ἀναιροῦσιν ἀλλήλας.

Actiones concurrentes et potissimum poenales alia aliam non consumit.

In der Paraphrase der l. 130 (S. 18) haben wir eine Mehrheit von Handlungen vorausgesetzt, welche auch den betreffenden Beispielen zu Grunde lag. Durch diesen Umstand ist aber der erwähnten Regel jede Beziehung zur Concurrenz abgesprochen, weil dieselbe stets eine Handlung als unmittelbaren oder mittelbaren Entstehungsgrund der Klagen voraussetzt, wie oben (S. 6 ff.) ausgeführt worden.

Im Uebrigen würde die Supposition einer Handlung die l. 130 in einen unlösbaren Widerspruch mit dem unten zu beweisenden Grundsatze bringen, dass zwischen mehreren *ex eodem facto* entsprungenen reipersecutorischen Klagen Collision stattfindet. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die l. 130 in ihrer generellen Fassung auch auf reipersecutorische Klagen hindeuten soll.

Dessenungeachtet hat Justinian in der l. 130 nur ein Factum supponirt und dadurch von derselben eine ungehörige Anwendung gemacht. Er sagt in §. 1 J. *si quadrupes* Folgendes:

Ceterum sciendum est, aedilicio Edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgo iter fit: etsi adversus ea factum erit, et nocitum libero homini esse dicetur, quod bonum et aequum judici videtur, tanti dominus condemnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Praeter has autem aedilicias actiones et de pauperie locum habebit: nunquam enim actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes alia aliam consumit.

Der Schlusspassus ist, wie man sieht, wörtlich aus der l. 130 hinüber genommen.

In dem Falle, welchen der vorstehende Institutionenparagraph mittheilt, beruht die Klage aus dem Aedilen-Edict und die *actio de pauperie* auf einer Thatsache, nemlich der Beschädigung durch ein Thier, so dass hier das Fundamentalrequisit der Concurrenz zutrifft. Justinian, welcher die erfolgreiche Zulässigkeit beider Klagen durch eine förmliche Regel belegen wollte, zog zu dem Ende die l. 130 heran.

Nach unseren obigen Erläuterungen würde sich aber Ulpian gegen eine solche Auffassung seiner Regel auf das Entschiedenste verwahrt haben.

Ueber die l. 60 D. *de* O et A. ist Folgendes zu bemerken:

Wir sahen oben (S. 14), dass der factische Gegenstand bei Pönalklagen stets derselbe ist: eine Pönalklage bezweckt nur das Geben einer Summe Geldes. Neben diesen sich gleich bleibenden factischen Objecten sind die Pönalklagen auf verschiedene rechtliche Gegenstände gerichtet. Jede *poena* bildet ein besonderes juristisches Klagobject, und da in Folge dessen Concurrenz der mehreren Pönalklagen möglich ist, so kommt es gar nicht darauf an, ob eine jede derselben den nämlichen Geldbetrag verfolgt. In diesem Sinne muss die l. 60 aufgefasst werden, wie auch seitens der Basiliken (*lib.* 52 *tit.* 1 *cap.* 59) geschehen ist:

Οὐδέποτε οἱ ποιναλίαι ἀγωγαὶ εἰς τὸ αὐτὸ συντρέχουσαι πόσον ἀναιροῦσιν ἀλλήλας.

Nunquam poenales actiones in eandem quantitatem concurrentes se invicem perimunt.

Während wir bei der l. 130 D. *de* R. J. eine Mehrheit von Handlungen anzunehmen genöthigt waren, können wir in der l. 160 D. *de* O. et A. allerdings eine Handlung supponiren. Indessen wird die Durchsetzung der mehreren Pönalklagen nur einem juristisch irrelevanten Momente gegenüber behauptet, ohne dass der wahre Grund, warum die Concurrenz zwischen den Pönalklagen stattfindet, angegeben ist.

Nach diesem exegetischen Excurse kehren wir zu den Grundsätzen zurück, welche dass Verhältniss mehrerer reinen und mehrerer gemischten Pönalklagen zu einander normiren.

Die Concurrenz zweier *actiones mere poenales* wird ausgesprochen in l. 5 §. 8 D. *de institor. act. (Ulp. lib.* 28 *ad Edictum):*

Idem (Labeo) ait, si libitinarius, quos graece νεκροθάπτας vocant, servum pollinctorem habuerit, isque mortuum spoliaverit, dandam in eum quasi institoriam actionem, quamvis et furti et injuriarum actio competeret.

Am Schluss des §. 3 (S. 17) deutete ich auf die doppelseitige Natur der gemischten Klagen hin, welche bald eine Betonung des pönalen bald des reipersecutorischen Elementes möglich mache. Begegnen einander nun mehrere Pö-

nalklagen mit reipersecutorischer Beimischung, so wird diese Zuthat ignorirt und der pönale Stoff in den Vordergrund gestellt. Diese Operation schien hiebei den Römern so selbstverständlich, dass sie eine besondere Motivirung derselben für unnöthig hielten. Denn da nach der *poena* die *actio poenalis mixta* ihren Namen führt, und bisweilen auch schlechtweg *poenalis* genannt wird (s. l. 23 §. 8 D. *ad leg. Aquil.*, l. 1 §. 23 D. *de tutel. act.*), so kann es uns nicht Wunder nehmen, dass nach dem bezeichneten Bestandtheile das Schicksal der gemischten Klagen sich bestimmt, um so mehr als die *rei persecutio* bei ihnen nur in eben demselben Maasse vorhanden ist, wie die *poena*.

Den Beweis für die angegebene Behandlung mehrerer *actiones mixtae* liefern vier gesetzliche Entscheidungen, welche einerseits für die *actio legis Aquiliae* und *actio arborum furtim caesarum*, andrerseits für die *actio legis Aquiliae* und *actio servi corrupti* *) die Concurrenz anerkennen.

Der erste Fall wird in folgenden drei Fragmenten vorgetragen:

1) l. 1 D. *arb. furt. caes. (Paulus lib. 9 ad Sabinum):*

Si furtim arbores caesae sint, et ex lege Aquilia et ex duodecim tabularum dandam actionem Labeo ait .....

2) l. 11 D. *eod. (Paulus lib. 22 ad Edictum):*

Si de arboribus caesis ex lege Aquilia actum sit, interdicto quod vi aut clam reddito absolvetur, si satis prima condemnatione gravaverit reum, manente nihilominus actione ex lege duodecim tabularum

3) l. 32 D. de O. et A. *(Hermogenian. lib. 2 juris Epitomarum):*

Quum ex uno delicto plures nascantur actiones, sicut evenit, quum arbores furtim caesae dicantur, omnibus (d. h. *actio legis Aquiliae* und *actio arborum furtim caesarum*) *experiri permitti post magnas varietates obtinuit.*

Den zweiten Fall schildert Papinian in l. 6 pr. D. *ad legem Jul. de adulter. (lib. 1 de adulter.):*

Inter liberas tantum personas adulterium stuprumve passas lex Julia locum habet: quod autem ad servas pertinet et legis Aquiliae actio facile tenebit et injuriarum quoque competit: nec erit deneganda praetoria quoque actio de servo corrupto ....

---

*) Ueber die Stellung dieser Klagen als gemischte s. §. 19 J. *de action.*, l. 7 §. 7, l. 8 D. *arb. furt. caes.*, l. 9 §. 2, l. 14 §. 5 D. *de servo corr.*

Nehmen wir die l. 25 D. *de injuriis* (s. S. 12) hinzu, so ist es nicht unwahrscheinlich, dass Papinian an eine *serva immatura* denkt. —

Die Concurrenz einer reinen Pönalklage mit gemischten Klagen wird in einer Reihe von Beispielen als zulässig anerkannt, deren Aufzählung hier folgen soll.

1) Von dem Zusammentreffen der rein pönalen *actio injuriarum* mit der Aquilischen Klage handeln folgende Stellen:

l. 34 pr. D. *de* O. et A.:

Qui servum alienum injuriose verberat, incidit ex uno facto et in Aquiliam et in ationem injuriarum: injuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa; et ideo possunt utrae competere .....

l. 5 §. 1 D. *ad leg. Aquil. (Ulp. lib.* 18 *ad Edictum):*

Injuriarum autem hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non jure factum est, id est, contra jus, si culpa quis occiderit, et ideo interdum utraque actio concurrit, et legis Aquiliae et injuriarum .....

l. 41 D. *eod. (Ulp. lib.* 41 *ad Sabinum):*

.... Sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit, utilius est in factum (d. h. *lege Aquilia*) *et injuriarum agi, si injuriae faciendae causa secreta judiciorum publicaverit.*

l. 15 §. 46 D. *de injur. (Ulp. lib.* 77 *ad Edictum):*

Si quis servo verberato injuriarum egerit, deinde postea damni injuriae agat, eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineat, altera ad contumeliam.

Ueber den Fall, wo zu der *actio injuriarum* und *actio legis Aquiliae* noch die *actio servi corrupti* hinzutritt, verbreitet sich ausser der l. 6 pr. D. *ad leg. Jul. de adult.* (s. S. 22) die l. 66 D. *de usufr. (Paul. lib.* 47 *ad Edictum):*

Cum usufructuario non solum legis Aquiliae actio competere potest, sed et servi corrupti et injuriarum, si servum torquendo deteriorem fecerit.

2) Die *actio furti*, welche laut §. 18 J. *de action.* eine reine Pönalklage ist, concurrirt erstens mit der *actio legis Aquiliae.*

Vergl. l. 14 §. 1 D. *de praescript. verb. (Ulp. lib.* 41 *ad Sabinum):*

Sed et si servum quis alienum spoliaverit, isque frigore mor-

tuus sit, de vestimentis quidem furti agi poterit, de servo vero in factum (lege Aquilia) agendum ....

Sodann kann neben der *actio furti* die *actio rationibus distrahendis* durchgesetzt werden, welche ich ungeachtet des von Savigny System V. S. 58 dagegen erhobenen Widerspruches mit Rücksicht auf l. 2 §. 2 D. *de tutel. act.* *) und l. 1 §. 23 D. *eod.* **) für eine *actio mixta* halte. Paulus sagt in l. 2 §. 1 D. *eod. (lib. 8 ad Sabinum)* von den beiden erwähnten Rechtsmitteln:

.... utraque actione (tutor) obligatur: et altera alteram non tollet.

Ein Gleiches lehrt Ulpian in l. 1 §. 22 D. *eod.* (s. S. 11).

Drittens ist zwischen der *actio furti* und der *actio servi corrupti* Concurrenz möglich:

l. 16 D. *de servo corr. (Alfenus Varus lib. 2 Dig.):*

Dominus servum dispensatorem manumisit, postea rationes ab eo accepit, et quum iis non constaret, comperit apud quandam mulierculam pecuniam eum consumsisse: quaerebatur possetne agere servi corrupti cum eo muliere, quum is servus jam liber esset? Respondi posse, sed etiam furti de pecuniis, quas servus ad eam detulisset.

l. 11 §. 2 D. *eod. (Ulp. lib. 23 ad Edictum):*

Quamvis autem rerum subtractarum nomine servi corrupti competat actio, tamen et furti agere possumus: ope enim et consilio sollicitatoris videntur res abesse: nec sufficiet alterutra actione egisse, quia altera alteram non minuit .....

Der weitere Verlauf der Stelle gehört nicht hieher, weil in demselben mehrere Facta vorkommen, nemlich 1) der an dem Sklaven verübte Diebstahl 2) die Corruption desselben: während in dem mitgetheilten Stücke die eine Handlung, nemlich die Corruption des Sklaven den Beklagten zugleich als Urheber des von jenem verübten Diebstahls verantwortlich macht.

Auch Kaiser Justinian erkennt in l. 20 C. *de furtis* die Concurrenz der *actio furti* und der *actio servi corrupti* an, indem er einen Fall, in welchem die betreffenden Vergehen

---

*) *Haec actio (rationibus distrahendis), licet in duplum sit, in simplo rei persecutionem continet, non tota dupli poena est.*

**) *Hanc actionem, sciendum est, perpetuam esse et heredibus similibusque personis dari ex eo, quod vivo pupillo captum est: sed in heredem ceterosque successores non dabitur, quia poenalis est.*

zwar nicht realisirt, aber doch beabsichtigt waren, dahin entscheidet:

.... *Nobis itaque eorum altercationem decidentibus placuit, non solum furti actionem, sed etiam servi corrupti contra eum dari.....*

Die im Obigen vorgeführten Quellenzeugnisse über das Zusammentreffen mehrerer (reinen und gemischten) Pönalklagen zeigen, dass die Römischen Juristen dabei von gleichen Grundsätzen ausgegangen sind. Dennoch war eine vollständige Einhelligkeit nicht erzielt worden, wie aus der l. 34 pr. D. *de* O. et A. zu ersehen ist. Paulus weiset hier in den Worten: *„sed quidam (putant) altera electa alteram consumi"* auf einige Juristen hin, welche, ohne die Verschiedenheit der Obligationen und juristischen Objecte zu beachten, die Concurrenz der mehreren *ex uno facto* entsprungenen Pönalklagen nicht wollten gelten lassen. Indessen finden sich von den Ansichten dieser Dissentienten in dem Justinianischen Rechtsbuche keine weiteren Spuren: und Paulus fertigt sie eigentlich kurz ab, indem er nur die abweichende Meinung referirt, ohne eine besondere Widerlegung für nothwendig zu halten. Die anderen von Paulus im Verlaufe der l. 34 pr. bezeichneten Juristen können nicht als principielle Gegner des Grundsatzes von der Concurrenz der Pönalklagen gelten, da die Meinung derselben lediglich auf die Eigenthümlichkeit des speciellen Falles zurückzuführen ist. Mit Rücksicht auf die Conception der für die Injurienklage proponirten Formel, welche vorschrieb, dass die Condemnation sich nach dem *bonum et aequum* richten sollte, glaubten nemlich jene Juristen die Condemnation bei der gedachten Klage nicht zulassen zu dürfen, wenn der Beleidigte schon mit einem anderen Rechtsmittel (der *actio legis Aquiliae*) siegreich durchgedrungen war. Auch diese Meinung verwirft Paulus stillschweigend.

Mit der Frage, ob mehrere Pönalklagen mit einander concurriren können, stehen ferner die beiden vielbesprochenen l. 53 pr. und l. 32 D. *de* O. et A. in gar keinem Zusammenhange. Einer jeden dieser Stellen liegen besondere juristische Beziehungen zu Grunde, wie im Folgenden nachgewiesen werden wird.

Die l. 53 pr. D. *de* O. et A. ist aus dem dritten Buche der Rechtsregeln von Modestin entnommen, und lautet folgendermassen:

Plura delicta in una re plures admittunt actiones: sed non posse omnibus uti probatum est: nam si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo non omnibus utendum est.

Ehe wir nachforschen, welche Fälle in l. 53 pr. dem Modestin vorgeschwebt haben, ist es nöthig, das Verhältniss der beiden Theile der Regel zu einander festzustellen und daraus die ihnen gemeinsamen Momente abzuleiten.

In dem ersten Theile, der mit *probatum est* abschliesst, ist von Delicten die Rede: welcher Umstand uns berechtigt, auch die *obligatio* des zweiten Abschnitts als eine Delictsobligation aufzufassen. Diese *una obligatio* kann nur aus einer Handlung entsprungen sein: deshalb werden wir die *plura delicta* ebenfalls auf eine Handlung zurückführen müssen. Endlich ist die *una res* des ersten Satzes in dem zweiten zu supponiren.

Demnach setzt die Modestinische Regel eine Handlung voraus, durch welche eine Sache verletzt worden ist: jedoch hat jene Handlung im ersten Theil mehrere Delicte, im zweiten Theil nur ein Delict hervorgerufen.

Nicht zu übersehen ist, dass einmal *non posse omnibus uti probatum est*, sodann aber *non omnibus utendum est* gesagt worden. Der erste Ausdruck deutet auf die modificirende Thätigkeit der Römischen Jurisprudenz hin, welche sich der strengen Anwendung eines Rechtssatzes mit Erfolg entgegensetzen durfte: die zweite Redeweise soll dagegen den Gedanken ausdrücken, dass es principiell unmöglich sei, in dem bezüglichen Falle mehrere Klagen durchzuführen.

Die Partikel *nam* hat nicht den Zweck zur Motivirung des im ersten Abschnitt Gesagten zu dienen, vielmehr soll dieselbe hier, wie bisweilen in der spätern Latinität, einen Gegensatz ausdrücken. So ist z. B. in l. 7 C. *sol. matr. nam* mit *sed* gleichbedeutend.

Diesen Gegensatz verwischt die in jeder Hinsicht ungenügende Fassung der Basiliken (*lib.* 52 *tit.* 1 *cap.* 52) gänzlich:

Ὅτε πολλὰ ἁμαρτήματα ἐφ' ἑνὶ πράγματι πολλὰς ἀγωγὰς τέκῃ, ἢ ἀπὸ μιᾶς ἐνοχῆς πολλαὶ ἀγωγαὶ τεχθῶσιν, οὐ πᾶσαι ἀλλὰ μία κινεῖται

Quando multa delicta in una re plures actiones pariunt, aut ex una obligatione multae actiones nascuntur, non omnes, sed una instituitur.

Jetzt wollen wir die speciellen Beziehungen unserer Regel

untersuchen. Den zweiten Theil angehend, so habe ich denselben schon oben S. 7 benutzt, um darzulegen, dass die Existenz einer Obligation nicht genüge, um bei mehreren unter verschiedene rechtliche Gesichtspunkte fallenden Klagen Concurrenz oder Collision zu begründen. Dort wurde auch bemerkt, dass Modestin wahrscheinlich das Verhältniss zwischen der *actio vi bonorum raptorum* und *actio furti manifesti* vor Augen habe. Beide beruhen auf einer Delictsobligation. Auch widerspricht der Subsumtion dieses Falles unter die l. 53 pr. nicht der Umstand, dass der Beraubte nach Durchsetzung der *actio furti manifesti* mit der *actio vi bonorum raptorum* noch das Duplum erlangen kann. Hierin liegt erstens keine wirkliche Concurrenz: sodann aber durfte Modestin von einer solchen Theilung der Rechtsmittel bei der Formulirung einer allgemeinen Regel absehen, da gewiss niemand sich ihrer bediente, der mit einer Klage den ganzen Betrag verfolgen konnte. Indem also Modestin annimmt, dass die *actio vi bonorum raptorum* zuerst angestellt worden (in Folge dessen die *actio furti* auf das Duplum nicht mehr zugelassen wird), kann er mit Recht von diesem Falle sagen: *una tantummodo non omnibus utendum est.*

Die Veranlassung zu der im ersten Theil der l. 53 pr. enthaltenen Bemerkung scheinen die beiden zusammen gehörenden Stellen l. 46 und l. 47 D. *ad leg. Aquil.* gegeben zu haben.

l. 46 *(Ulp. lib.* 50 *ad Sabinum):*

Si vulnerato servo lege Aquilia actum sit, postea mortuo ex eo vulnere agi lege Aquilia nihilominus potest.

l. 47 *(Julian. lib.* 86 *Dig.):*

Sed si priore judicio aestimatione facta, postea mortuo servo de occiso agere dominus instituerit, exceptione doli mali opposita compelletur: ut ex utroque judicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si initio de occiso homine egisset.

Die *una res,* welche den Gegenstand der *plura delicta* bildet, ist der Sklave. Eine Handlung hat mehrere getrennte Delictsobligationen erzeugt: das eine Delict besteht in der Verwundung, das andere darin, dass die Verwundung den Tod des Sklaven zur Folge hatte. In diesem letzten Falle sagt man von dem Delinquenten: *mortis causam praestitit* (s. l. 7 §. 6, l. 49 pr. D. *ad leg. Aquil.*): und dieses *mortis causam praestare* zieht nach l. 7 §. 6 *cit.* die *actio legis Aquiliae in factum* nach sich, welchen Zusatz Ulpian in l. 46 nicht besonders erwähnt.

Derselbe Jurist erkennt principiell das wirksame Nebeneinanderbestehen der beiden Aquilischen Klagen an, indem jede einen speciellen Verpflichtungsgrund in sich schliesst: Julian aber hält es für wünschenswerth, dass eine Beschränkung eintrete. Demgemäss soll die zweite Aquilische Klage durch eine *exceptio* abgewiesen, dabei jedoch die Condemnationssumme in dem ersten Prozesse mit Rücksicht auf den mittlerweile erfolgten Tod des Sklaven erhöht werden. So sind die Worte der l. 47: *ut ex utroque judicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si initio de occiso homine egisset* zu verstehen.

Julian ist zu dieser Begünstigung des Beklagten wohl durch den Umstand veranlasst worden, dass nur eine Handlung sich als die Quelle der beiden Delicte darstellt, und dass der Beklagte in der That auch nur ein Delict beabsichtigt hatte. Dann aber wenn jemand nach vorangegangener Verwundung den Sklaven durch ein besonderes Factum getödtet hat, haftet der Delinquent auf den vollen Betrag einer jeden der beiden Klagen (s. l. 32 §. 1 D. *ad leg. Aquil.*).

Blicken wir jetzt auf den ersten Abschnitt unserer l. 53 pr. D. *de* O. et A. zurück, so stimmen die in den combinirten Stellen enthaltenen Momente mit dem Inhalt derselben vollständig überein. Ein Sklave *(una res)* ist durch *plura delicta* (das *vulnerare* und das *mortis causam praestare*) verletzt worden. Die aus diesen Delicten entspringenden Klagen *(actio legis Aquiliae directa* und *utilis)* werden neben einander als zulässig anerkannt *(plura delicta in una re plures admittunt actiones)*: aber es soll nach Julian nur der mit der *actio de occiso* zu erstreitende Betrag dem Kläger zugesprochen werden, indem die andere Klage, deren Anstellung freilich auf die Schätzung bei der ersten influirt, *ope exceptionis* fortfällt. Hierauf deutet in zwangsloser Ausdrucksweise der Passus hin: *sēd non posse omnibus uti probatum est.*

Modestin hat also im Eingange der l. 53 pr. einen ganz speciellen Fall vor Augen, welchen er aber, wie dies die Römischen Juristen wohl zu thun pflegten, in die Form einer Regel bringt. Dagegen enthält der zweite Theil der l. 53 pr. einen allgemein gültigen Rechtsgrundsatz. Die Erwähnung desselben erklärt sich daraus, dass die Specialität des ersten Abschnitts im factischen Resultate mit dem übereinstimmt,

was sich für die *ex una obligatione* entstandenen *plures actiones* als regelrecht darstellt.

Unsere Interpretation hat gezeigt, dass die Frage nach der Concurrenz der Pönalklagen im Allgemeinen nicht den Gegenstand der l. 53 pr. bildet. Im Uebrigen ist es unzweifelhaft, dass Modestin in dieser Beziehung keine abweichende Ansicht hat: er entscheidet ja den Fall der l. 46 und l. 47 D. *ad leg. Aquil.* principiell nach den oben entwickelten Grundsätzen, und referirt nur die betreffende Modification, ohne das Princip anzutasten.

Ich gehe über zur Erklärung der l. 32 D. *de* O. et A.

Quum ex uno delicto plures nascantur actiones, sicut evenit, quum arbores furtim caesae dicantur, omnibus experiri permitti post magnas varietates obtinuit.

Die Inscription dieser Stelle ist bereits S. 22 mitgetheilt, woselbst auch gesagt wurde, dass unter den *plures actiones* die *actio arborum furtim caesarum* und die *actio legis Aquiliae* zu verstehen sind. Die beiden andern Stellen, welche die Concurrenz der gedachten Klagen aussprechen, nemlich l. 1 und l. 11 D. *arb. furt. caes.* (s. S. 22) rühren von Paulus her, welcher seine Entscheidung mit grosser Sicherheit giebt, während Hermogenian uns meldet, dass dieser Punkt sehr streitig gewesen sei.

Die Veranlassung zu diesen Streitigkeiten lässt sich aus einer Bemerkung von Paulus ersehen, welche dieser Jurist an einem Orte gemacht hat, wo er von dem Zusammentreffen der *actio arborum furtim caesarum* und *actio legis Aquiliae* handelt.

Die l. 11 D. *arb. furt. caes.* ist ein Bruchstück aus dem zwei und zwanzigsten Buche des Paulinischen Edictscommentares: dieselbe Inscription führt die l. 41 §. 1 D. *de* O. et A. Das Principium dieses Gesetzes lautet:

Quoties lex obligationem introducit, nisi si nominatim caverit, ut sola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere.

Die Beziehung dieses Satzes auf unseren Fall kann nach der Inscription keinem Zweifel unterliegen: auch wenn uns dieser Anhalt fehlte, würde der Nachweis leicht zu führen sein.

Die *actio arborum furtim caesarum* stammt, wie auch die erwähnten Stellen l. 1 und l. 11 D. *arb. furt. caes.* bezeugen, aus dem Zwölftafelgesetze: die Aquilische Klage führt ihren

Namen nach der später erlassenen *lex Aquilia*. Die Obligation, welche durch die *lex Aquilia* eingeführt wurde, bezog sich auf *damnum injuria datum*. Wie es mit den älteren Klagen dieser Richtung gehalten werden sollte, geht aus l. 1 pr. D. *ad leg. Aquil. (Ulp. lib. 18 ad Edictum)* hervor:

Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno injuriae locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis sive alia quae fuit: quas leges nunc referre non est necesse.

Die *actio arborum furtim caesarum* hat nun offenbar keinen ausdrücklichen Hinweis auf *damnum injuria datum* enthalten: vielmehr erhellt aus ihrer Bezeichnung, dass das *furtim caedere* das maassgebende Element bildete. Insofern war dem betreffenden Abschnitt der Zwölf Tafeln über die letztgedachte Klage nicht derogirt worden. Jedoch konnten sehr erhebliche Zweifel entstehen, ob neben der *actio legis Aquiliae* die *actio arborum furtim caesarum* zulässig sei. Denn beiden Rechtsmitteln liegt dieselbe materielle Verbindlichkeit zu Grunde: der, welcher die Bäume heimlich abhaut, ruft in der That nichts Anderes als eine Vermögensbeschädigung hervor. Daher heisst es von der *actio arborum furtim caesarum* mit Recht in l. 5 §. 1 D. *arb. furt. caes. (Paulus lib. 9 ad Sabinum)*:

Ejus actionis eadem causa est, quae est legis Aquiliae.

Und so sagt auch Hermogenian in unserer l. 32:

Quum ex uno delicto plures nascantur actiones ....

Wir haben oben gesehen, dass wenn der Prätor wegen ein und desselben Delictes eine Mehrheit von Klagen proponirt hatte (z. B. wegen des Raubes die *actio furti manifesti* und die *actio vi bonorum raptorum*), nur eine oder die andere derselben zulässig ist (s. S. 7 und ff.) Dies kam daher, weil der Prätor dies im Edicte selbst so anordnete, ohne durch die Gewährung der neuen Klage eine neue selbstständige Obligation begründen zu wollen. Anders verhielt es sich, wenn eine förmliche *lex* sich als die Quelle einer Klage darstellte. Das Gesetz führte das Rechtsmittel ein, ohne Rücksicht darauf, ob dasselbe materielle Delict auch auf andere Weise urgirt werden könne.

Einige Römische Juristen erblickten nun wahrscheinlich in der Befugniss des Klägers, die wegen desselben Delicts zustehenden gesetzlichen Klagen mit Erfolg durchzuführen, eine Härte und gestatteten nur die Wahl zwischen denselben.

Ihnen trat Paulus in der l. 41 pr. D. *de* O. et A. gegenüber, indem er geltend machte, dass ungeachtet der Identität des Delicts dennoch eine Mehrheit von Obligationen vorhanden sei. Erstens finde sich in der Klage aus den Zwölf Tafeln eine besondere Obligation wegen des *furtim caedere:* sodann sei in Folge der *lex Aquilia* die Obligation *ex damno injuria dato* hinzugetreten. Da nun die *lex Aquilia* blos die alten Klagen, die sich direct auf *damnum injuria datum* bezögen, abgeschafft habe, so rechtfertige sich damit die Zulassung beider Klagen neben einander.

Dass diese Meinung über die abweichenden Ansichten den Sieg davon getragen habe, berichtet uns Hermogenian in l. 32. Von den *„magnae varietates"* findet sich aber in Justinian's Compilation ebensowenig eine Spur als von dem Dissense der in l. 34 pr. D. *de* O. et A. bezeichneten Schriftsteller. Mit Rücksicht darauf können wir die Fassung der Basiliken (*lib.* 52 *tit.* 1 *cap.* 31), welche die *magnae varietates* gar nicht erwähnen, nur billigen:

Ὅταν ἐξ ἑνὸς ἁμαρτήματος ἀγωγαὶ πολλαὶ τίκτονται, ὡς ἐπὶ τῶν λάθρα τεμνομένων δένδρων, πᾶσαι κινοῦνται.

Cum ex uno delicto multae actiones nascantur, ut in arboribus furtim caesis, omnes instituuntur.

Es hat sich ergeben, dass auch die l. 32 nicht für die Frage nach der Concurrenz der Pönalklagen überhaupt maassgebend ist, sondern wiederum die Eigenthümlichkeit eines speciellen Falles voraussetzt. Zwar scheint es so, als ob Hermogenian das Zusammentreffen der *ex uno delicto* entstandenen *actio arborum furtim caesarum* und *actio legis Aquiliae* nur beispielshalber erwähnt (*„sicut evenit, quum arbores furtim caesae dicantur"*): allein dergleichen Fälle, wo *unum delictum* und *plures obligationes* vorliegen, dürften in der That höchst selten sein. Unsere Quellen enthalten ausserdem kein ähnliches Beispiel: überall lassen sich bei concurrirenden Pönalklagen neben mehreren Delicten mehrere Obligationen nachweisen (s. auch S. 11 und ff.). Wiewohl nun aber die Zulässigkeit der *actio legis Aquiliae* neben der *actio arborum furtim caesarum* andere Voraussetzungen hat als die übrigen Concurrenzfälle, so können wir doch die von jenem Umstande handelnden Stellen, wie S. 22 geschehen ist, als Beleg für den Satz benutzen, dass zwei gemischte Klagen neben einander mit Erfolg angestellt werden können.

Es bleibt uns in Bezug auf die erste Regel noch übrig, darzuthun, dass zwischen einer *actio mere poenalis* und einer reipersecutorischen Klage Concurrenz stattfindet. Das Princip für diesen Fall ist in der l. 7 §. 1 D. *de cond. furt.* juristisch motivirt worden: die quellenmässigen Anwendungen desselben sollen jetzt hier zusammengestellt werden.

Hinsichtlich des Zusammentreffens der *actio injuriarum* mit einer reipersecutorischen Klage ist mir nur das in l. 1 §. 38 D. *depositi (Ulp. lib.* 30 *ad Edictum)* mitgetheilte Beispiel bekannt:

Si quis tabulas testamenti apud se depositas pluribus praesentibus legit, ait Labeo, depositi actione recte de tabulis agi posse. Ego arbitror et injuriarum agi posse, si hoc animo recitatum testamentum est quibusdam praesentibus, ut judicia secreta ejus, qui testatus est, divulgarentur.

Dagegen giebt es eine beträchtliche Zahl von Gesetzen, aus denen die Concurrenz der *actio furti* mit einer reipersecutorischen Klage hervorgeht.

1) *Actio locati*

l. 42 D. *locati (Paulus lib.* 21 *ad Edictum):*

Si locatum tibi servum surripias, utrumque judicium adversus te est exercendum locati actionis et furti.

l. 34 §. 2 D. *de* O. et A. *(Paulus lib. sing. de concurrentibus actionibus):*

Hinc quidem de colono responsum est, si aliquid ex fundo subtraxerit, teneri eum condictione et furti, quin etiam ex locato: et poena quidem furti non confunditur: illae autem inter se miscentur ..... (s. l. 46 D. *pro socio*).

2) *Actio mandati*

l. 22 §. 7 D. *mand. (Paulus lib.* 32 *ad Edictum):*

Si tibi centum dedero, ut ea Titio dares, tuque non dederis, sed consumseris et mandati et furti teneri te Proculus ait (s. auch l. 46 D. *pro socio*).

3) *Actio pro socio*

l. 45 D. *pro socio (Ulp. lib.* 30 *ad Sabinum):*

Rei communis nomine cum socio furti agi potest, si per fallaciam dolove malo amovit vel rem communem celandi animo contrectet: sed et pro socio actione obstrictus est: nec altera actio alteram tollet. Idemque in omnibus bonae fidei judiciis dicendum est.

4) *Actio negotiorum gestorum*

l. 46 D. *eod. (Paulus lib.* 6 *ad Sabinum):*

Idemque est et in colono et in eo, qui negotia gerit, et qui mandatum nostrum exsequitur, et in tutore.

l. 19 C. *de furtis (Diocletianus et Maximianus Nestiaeo):*

Falsus procurator depositum recipiendo vel aes alienum exigendo citra domini voluntatem furtum facit ac praeter rei restitutionem actione dupli nec manifesti furti convenitur.

5) *Actio tutelae*

l. 33 D. *de furtis (Ulp. lib.* 41 *ad Sabinum):*

Tutor quidem administrationem rerum pupillarium habet, intercipiendi autem potestas ei non datur: et ideo si quid furandi animo amoverit, furtum facit nec usucapi res potest: sed et furti actione tenetur, quamvis et tutelae agi cum eo potest. Quod in tutore scriptum est, idem erit et in curatore adolescentis ceterisque curatoribus. (vergl. l. 46 D. *pro socio*).

6) *Actio commodati*

l. 5 §. 8 D. *commod. (Ulp. lib.* 28 *ad Edictum):*

Quin imo qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur. ...

7) *Actio depositi*

l. 29 pr. D. *depositi (Paulus lib.* 2 *Sentent.):*

Si sacculum vel argentum signatum deposuero, et is, penes quem depositum est, me invito contrectaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit.

l. 3 C. *depositi (Alexander A. Austero):*

Si depositi experiaris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis, quum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium, si quidem qui rem depositam invito domino sciens prudensque in usus suos converterit, etiam furti delicto succedit.

8) *Condictio furtiva*

l. 7 §. 1 D. *de cond. furt.* (s. S. 14)

l. 34 §. 2 D. *de* O. et A. (s. S. 32), l. 5 §. 1 D. *de calumn.* und l. 12 C. *de furtis.*

9) *Rei vindicatio*

l. 54 §. 3 D. *de furtis* (s. S. 15)

l. 12 C. *de furtis (Diocletianus et Maximianus Quintae):*

Ancillae subtractae partus apud furem editi, priusquam a domino possideantur, usucapi nequeunt: matris furem etiam horum causa furti actione teneri convenit; quapropter furti actione et condictione vel adversus possidentem rei vindicatione de mancipiis uti non prohiberis, cum altera poenam continens alterius

electione minime tolli possit. Nam extra poenam rei persecutionem esse nulla juris quaestio est, quum etiam hi qui aliena mancipia comparaverint, si hanc causam non ignorent, furti actione teneantur.

Die vorstehende Exemplification zeigt die Einhelligkeit Römischer Juristen und Kaiser über den beregten Punkt. Sie Alle stellten *poena* und *rei persecutio* als getrennte juristische Klageobjecte einander gegenüber, und gestatteten demgemäss die Concurrenz. Wer diese Verschiedenheit ignorirte, musste zu einem andern Resultate gelangen. Als Vertreter einer solchen abweichenden Meinung, welche zwischen einer rein pönalen und einer reipersecutorischen Klage Collision statuirte, begegnet uns Javolen, welcher sich in l. 71 pr. D. *de furtis (lib. 15 ex Cassio)* so ausspricht:

Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest: et si furti actum est, commodati actio extinguitur, si commodati, actioni furti exceptio objicitur.

Wie bei einem jeden Collisionsfall wird auch hier wegen der getrennten obligatorischen Gründe die Zulässigkeit der beiden Klagen anerkannt. Der Bestohlene kann ausser der *actio furti* auch die *actio commodati* anstellen: aber nur die Anstellung der einen Klage soll Erfolg haben, während die andere nicht zur Geltung kommt. Die Aufnahme der l. 71 pr., welche mit dem Princip der l. 7 §. 1 D. *de cond. furt.* und der Entscheidung der l. 5 §. 8 D. *commod.* in directem Widerspruche steht, in das Justinianische Rechtsbuch beruht jedenfalls auf einem Versehen der Compilatoren.

Abgesehen hiervon ist aber die Existenz einer solchen Meinung, wie Javolen sie vorträgt, an sich keineswegs auffallend. Denn wenn die in l. 34 pr. D. *de* O. et A. als *quidam* bezeichneten Juristen mehrere *poenae* nicht als verschiedene rechtliche Gegenstände betrachteten, und daher die Concurrenz der *actio injuriarum* und der *actio legis Aquiliae* läugneten, so konnte es auch wohl vorkommen, dass der zwischen *poena* und *rei persecutio* herrschende Gegensatz namentlich von einem älteren Juristen, wie Javolen, übersehen und hinsichtlich des Zusammentreffens der *actio furti* und *actio commodati* ein gleiches Resultat angenommen wurde.

Hiemit verlassen wir die erste Regel und gehen zu der zweiten über, welche wir oben so formulirt haben:

„Wenn eine *actio mixta* einer reipersecutorischen Klage begegnet, oder zwei reipersecutorische Klagen zusammentreffen, so tritt Collision ein.“

Halten wir zwei gemischte Klagen an einander, so ergiebt sich, dass *poena* und *rei persecutio* in ihnen gleich vertheilt sind: keiner von beiden Bestandtheilen überwiegt. Anders verhält es sich, wenn wir zu einer *actio mixta* eine reipersecutorische Klage stellen: in diesem Falle ist nemlich der reipersecutorische Bestandtheil stärker vertreten als der pönale, insofern die *poena* sich nur auf einer, die *rei persecutio* hingegen auf beiden Seiten findet. Dieser Umstand scheint die Römer veranlasst zu haben, bei dem Zusammentreffen einer gemischten und einer reipersecutorischen Klage auf die gemeinsame reipersecutorische Basis entscheidendes Gewicht zu legen und den pönalen Bestandtheil zu Gunsten jener zu ignoriren. Denn obwohl die *actio poenalis mixta* nach der *poena* ihren Namen führt, so schliesst sich die *poena* der *rei persecutio* doch nur als ein Zusatz an.

Uebrigens hielten die Römer die Betonung des pönalen Elements für das Natürlichere: denn während bei dem Zusammentreffen mehrerer *actiones mixtae* die pönale Substanz ohne weitere Bemerkung als maassgebend betrachtet und danach die Concurrenz ausgesprochen wird, schien es nöthig, die Collision zwischen einer gemischten und reipersecutorischen Klage durch Hinweis auf die eben dargestellte Behandlung der ersten Klage besonders zu motiviren.

Eine solche Motivirung wird in zwei Stellen unternommen. Die erste ist die aus dem *liber singularis de concurrentibus actionibus* des Paulus entlehnte l. 34 §. 2 D. *de* O. et A.:

Hinc de colono responsum est, si aliquid ex fundo subtraxerit, teneri eum condictione et furti, quin etiam ex locato: et poena quidem furti non confunditur: illae autem inter se miscentur. Et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta et tu ea ruperis: utraeque enim actiones rei persecutionem continent .....

Paulus, welcher die Collision zwischen der *actio legis Aquiliae* und der *actio commodati* in eben der Weise, wie zwischen dieser und der *actio locati* statuirt, giebt als Grund hiefür an, dass in den beiden betreffenden Rechtsmitteln die *rei persecutio* das Fundament bilde. Um diese reipersecutorische Basis als entscheidendes Moment für die juristische

Behandlung der Klagen zu gewinnen, wird der pönale Zusatz, welcher der *actio legis Aquiliae* innewohnt, mit keinem Wort erwähnt und als gar nicht vorhanden betrachtet.

Aus der andern hieher gehörenden Stelle geht hervor, dass Paulus sich sehr wohl bewusst war, dass er das pönale Accessorium fallen lasse, um das reipersecutorische Element als principales zur Geltung zu bringen.

l. 47 §. 1 D. *pro socio:*

Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum et Celsus et Julianus et Pomponius scribunt.

l. 48 D. *eod.*

Sed nihilominus et pro socio tenetur.

l. 50 D. *eod. (Paulus lib.* 6 *ad Sabinum):*

Sed actione pro socio consequitur, ut altera actione contentus esse debeat, quia utraque actio ad rei persecutionem respicit, non, ut furti ad poenam duntaxat.

Auch hier sagt Paulus, dass die gemischte *actio legis Aquiliae* und die reipersecutorische *actio pro socio* collidiren (von dem zur Herbeiführung der Collision angewendeten Mittel wird in §. 6 die Rede sein). Aehnlich wie in l. 34 §. 2 D. *de* O. et A. beruft er sich hierbei auf die reipersecutorische Natur der *actio legis Aquiliae,* ohne von dem pönalen Zusatze Notiz zu nehmen. Indem er sodann der Aquilischen Klage die *actio furti* gegenüber stellt, weiset er auf den rein pönalen Character derselben hin *(quae ad poenam duntaxat respicit),* welcher eine solche juristische Behandlung, wie sie bei der aus *rei persecutio* und *poena* gemischten *actio legis Aquiliae* vorkommt (nemlich die Collision mit einer reipersecutorischen Klage), nicht zulassen würde.

Jene beiden Quellenzeugnisse (l. 34 §. 2 D. *de* O. et A. und l. 50 D. *pro socio*) enthalten also nicht nur die von uns aufgestellte Regel, dass eine gemischte Klage mit einer reipersecutorischen collidirt, sondern erklären dieselbe auch mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des rechtlichen Gegenstandes.

Wir wollen uns jetzt die sonstigen quellenmässigen Anwendungen von der Collision einer gemischten und einer reipersecutorischen Klage vorführen.

1) l. 2 pr. §. 1 D. *de tutel. act. (Paulus lib.* 8 *ad Sabinum):*

Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit. Quodsi furandi animo fecit, etiam furti tenetur. Utraque autem actione obliga-

tur, et altera alteram non tollet. Sed et condictio ex furtiva causa competit, per quam si consecutus fuerit pupillus, quod fuerit ablatum, tollitur hoc judicium, quia nihil absit pupillo.

Die *actio rationibus distrahendis*, über deren gemischte Natur l. 2 §. 2 D. *eod.* Auskunft giebt, collidirt (*tolli* ist der technische Ausdruck für diesen Begriff s. S. 1) mit der reipersecutorischen *condictio furtiva*. Das *nihil abesse* ist ein Hinweis auf die beiden Klagen zu Grunde liegende *rei persecutio*, wie wir aus l. 35 D. *de* O. et A. ersehen: *illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest.*

Da nun die *rei persecutio* nur einmal zur Geltung kommen darf, so muss der Pupill nach Durchsetzung der *condictio furtiva* als befriedigt gelten: die Anstellung der *actio rationibus distrahendis* hat für ihn keinen practischen Erfolg.

Mit diesem als ganz unzweifelhaft dargestellten Resultate stimmt auch Tryphonin überein, indem er in l. 55 §. 1 D. *de adm. tut. (lib. 2 Disputationum)* sagt:

nemo denique dicet, unum tutorem et duplum hac actione (d. h. *rationibus distrahendis*) *praestare et quasi specie condictionis aut ipsam rem aut ejus aestimationem.*

2) l. 5 §. 1 D. *de calumn. (Ulp. lib. 10 ad Edictum):*

Sed etiam praeter hanc actionem (d. h. *actio de calumniatoribus*) *condictio competit, si sola turpitudo accipientis versetur: nam si et dantis, melior causa erit possidentis. Quare si fuerit condictum, utrum tollitur haec actio, an vero in triplum danda sit? An exemplo furis et in quadruplum actionem damus et condictionem? Sed puto sufficere alterutram actionem.*

Dass die *actio de calumniatoribus* eine *actio mixta* ist, lässt sich aus den Worten des angeführten Gesetzes selbst genau beweisen. Ulpian berührt vergleichsweise die *actio furti*, und sagt, dass sie zu ihrem vollen Betrage, dem Quadruplum, neben der reipersecutorischen *condictio furtiva* angestellt werden kann. Auch die *actio de calumniatoribus* geht *intra annum* (und nur von diesem Falle handelt Ulpian im Vorstehenden) auf das Quadruplum. Wie kommt es, dass nach Anstellung der *condictio ob turpem causam* blos das Triplum, und nicht das Quadruplum in Frage kommt? Die Lösung ist offenbar, weil die Strafe nur das Triplum umfasst, während das Simplum die reipersecutorische Basis darstellt.

Dieser Umstand, dass in der *actio de calumniatoribus* ebenso wie in der *condictio* die *rei persecutio* den gemeinsamen Grundstoff bildet, führt denn auch zwischen beiden Klagen die Collision herbei. Die letzten Worte Ulpians: *sed puto sufficere alterutram actionem* sind die bejahende Antwort auf die Frage: *utrum tollitur haec actio.*

3) l. 9 §. 6 D. *quod metus (Ulp. lib.* 11 *ad Edictum):*

Licet tamen in rem actionem dandam esse existimemus, quia res in bonis ejus est, qui vim passus est, verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum egerit, finiri in rem actionem vel contra.

Die Basiliken (*lib.* 10 *tit.* 2 *cap.* 9) geben diese Stelle kurz und treffend so wieder:

Εἴτε τὴν ἐπὶ τῷ πράγματι ἀγωγὴν εἴτε τὴν διὰ τὸν φόβον αἰτίασιν κινήσει τις, ἀναιρεῖ τὴν ἑτέραν.

Sive quis in rem actionem sive quod metus causa actionem moverit, alteram consumit.

Vergleichen wir die §§. 5 und 7 der l. 9 mit unserem §. 6, so erhellt, dass Ulpian den Fall einer erzwungenen Tradition vor Augen hat. In Folge der Tradition ist der Zwingende Eigenthümer geworden: aber es wird fingirt, dass das Eigenthum dem Gezwungenen verblieben sei, und in Folge dieser Fiction wird ihm eine *actio in rem utilis* gegeben. Ausserdem hat sich der Beklagte durch Anwendung der Gewalt obligirt, weshalb er mit der *actio quod metus causa* haftet. Da diese Klage nach l. 14 §. 10 D. *eod.**) zu den gemischten gehört, so collidirt sie mit der aus derselben Handlung abgeleiteten reipersecutorischen Klage. *Finiri* ist ja gleich dem griechischen *ἀναιρεῖν (consumere)* ein *terminus technicus* zur Bezeichnung der Collision (s. l. 34 §. 2 D. *de* O. et A.: .... *et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur* ....)

4) l. 14 §. 13 D. *quod metus (Ulp. lib.* 11 *ad Edictum):*

Eum qui metum fecit, et de dolo teneri certum est, et ita Pomponius: et consumi alteram per alteram exceptione in factum opposita.

---

*) (*Ulp. lib.* 11 *ad Edictum*): *Quatenus autem diximus, in quadruplo simplum inesse, sic hoc disponendum est, ut in condemnatione quadrupli res quidem omnimodo contineatur et ejus restitutio fiat, poena autem usque ad triplum stetur.*

Dass die *actio doli* reipersecutorisch ist, entnehmen wir aus l. 17 pr.*) und l. 18 pr. D. *de dolo***).

5) l. 13 D. *de* R. V. *(Ulp. lib.* 26 *ad Edictum):*

Non solum autem rem restitui, verum etsi deterior res sit facta, rationem judex habere debebit. Finge enim debilitatum hominem vel verberatum restitui: utique ratio per judicem habebitur, quanto deterior sit factus, quamvis et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur, an non alias judex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae? Et Labeo putat, cavere petitorem oportere, lege Aquilia non acturum, quae sententia vera est.

l. 14 D. *eod. (Paulus lib.* 21 *ad Edictum):*

Quodsi malit actor potius legis Aquiliae actione uti, absolvendus est possessor. Itaque electio actori danda est, non ut triplum, sed ut duplum consequatur.

Indem Paulus die Zuständigkeit des Triplums verneint, giebt er dadurch zu erkennen, dass die *rei vindicatio* mit der *actio legis Aquiliae* collidire. Das Triplum würde nemlich gewährt werden, wenn ausser dem Duplum der Aquilischen Klage, welches als Strafe des Leugnens gilt, noch das Simplum der Eigenthumsklage durchgesetzt werden könnte.

6) l. 36 §. 2 D. *de* H. P. *(Paulus lib.* 20 *ad Edictum):*

Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet. Sed Pomponius ait, actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae, omissa ejus rei aestimatione a judice .....

7) l. 9 D. *arb. furt. caes. (Gajus lib.* 13 *ad Edictum provinc.):*

Si colonus sit, qui caeciderit arbores, etiam ex locato cum eo agi potest, plane una actione contentus esse debet.

Aus diesem Ausspruche können wir zugleich auf die gemischte Natur der *actio arborum furtim caesarum*, über welche nach l. 7 §. 7, l. 8 D. *eod.* vielleicht noch ein Zweifel bleiben könnte, zurückschliessen: wäre die gedachte Klage eine rein pönale, so würde Gajus zwischen ihr und der reipersecutorischen *actio locati* Concurrenz angenommen haben.

---

*) *Si plures dolo fecerint et unus restituerit: omnes liberantur. Quodsi unus, quanti ea res est, praestiterit: puto adhuc ceteros liberari.*

**) *Arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: et nisi fiat restitutio sequitur condemnatio, quanti ea res est .....*

8) l. 43 D. *loc. (Paulus lib.* 21 *ad Edictum):*

Si vulneraveris servum tibi locatum, ejusdem vulneris nomine legis Aquiliae et ex locato actio est, sed alterutra actione contentus esse actor debet: idque officio judicis continetur, apud quem ex locato agetur.

9) l. 30 §. 2 D. *eod. (Alfenus lib.* 3 *Dig. a Paulo epitomatorum):*

Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, quum majore onere conductor eas rupisset: consulebat de actione: respondit vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere.

10) l. 7 §. 8 D. *ad leg. Aquil. (Ulp. lib.* 18 *ad Edictum):*

Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato vel damni injuriae competere actionem.

11) l. 27 §. 11 D. *eod. (Ulp. lib.* 18 *ad Edictum):*

Proculus ait, quum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato vel ex lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere: et si uno judicio res esset judicata, altero amplius non agendum .....

12) l. 18 D. *eod. (Paulus lib.* 10 *ad Sabinum):*

Sed et si is, qui pignori servum accepit, occidit eum vel vulneravit, lege Aquilia et pigneratitia conveniri potest: sed alterutra contentus esse debebit actor.

13) l. 18 §. 1 D. *commod. (Gajus lib.* 9 *ad Edictum provinc.):*

Sive autem pignus sive commodata res sive deposita deterior ab eo, qui accepit, facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae: sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur.

14) l. 7 §. 1 D. *eod. (Ulp. lib.* 28 *ad Edictum):*

Sed si legis Aquiliae adversus socium ejus habuit commodator actionem, videndum erit, ne cedere debeat, si forte damnum dedit alter, quod hic, qui convenitur, commodati actione sarcire compellitur: nam et si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem .....

15) l. 11 D. *arb. furt. caes. (Paulus lib.* 22 *ad Edictum):*

Si de arboribus caesis ex lege Aquilia actum sit, interdicto quod vi aut clam reddito absolvetur, si satis prima condemnatione gravaverit reum .....

Sämmtliche Quellenzeugnisse thun auf das Unzweideutigste dar, dass eine reipersecutorische Klage mit einer gemischten collidire, d. h. dass von den beiden Klagen, obwohl sie neben einander anzustellen sind, nur eine durchgesetzt

werden könne. Wie schon oben (S. 2 u. 3) bemerkt worden, lieben es die Römer, die mehrfache Haftung des Beklagten in solchen Fällen zu betonen. So kommt es, dass bisweilen nicht einmal hinzugefügt worden ist, dass nur eine Klage gegen den Verpflichteten Erfolg habe.

s. l. 16 §. 5 D. *fam. hercisc.* (*Ulp. lib.* 19 *ad Edictum*):

Denique ait, si unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit vel interleverit, teneri quidem lege Aquilia quasi corruperit, non minus autem etiam familiae herciscundae judicio.

Diese Stelle wird in den Basiliken (*lib.* 42 *tit.* 3 *cap.* 16) mit Hinweis auf den Eintritt der Collision so wiedergegeben:

Ἐάν τινα κατὰ δόλον ἢ ῥᾳθυμίαν ὡς· κληρονόμος ἐν τῇ χρήσει ποιήσῃ, ἢ τῇ κληρονομίᾳ, κατάγεται εἰς τὴν διαίρεσιν, εἰ καὶ ἑτέρα ὕπεστιν ἀγωγή. τυχὸν γὰρ ἀπήλειψε δικαιώματα τῆς κληρονομίας καὶ ἁρμόζει διπλῆ καταδίκη τοῦ Ἀκουϊλίου, καὶ μερίσεως τῆς κληρονομίας κατὰ τοῦ ἀπαλείψαντος.

Si quid dolo aut culpa quasi heres in usufructu aut hereditate fecerit, in divisionem deducitur, etiamsi alia actio subsit. Fortasse enim instrumenta hereditaria delevit, et duplici modo condemnari is potest, qui delevit, vel ex lege Aquilia vel ex judicio familiae herciscundae.

Die mitgetheilten Beispiele beziehen sich nur auf das Nebeneinandergehen von zwei Klagen: in l. 25 §. 5 D. *loc.* wird aber ein Fall besprochen, in welchem vier Klagen *ex uno facto* entstanden sind. Gajus sagt dort (*lib.* 10 *ad Edictum provinc.*):

Ipse quoque (conductor) si exciderit (arbores), non solum ex locato tenetur, sed etiam lege Aquilia et ex lege duodecim tabularum arborum furtim caesarum et interdicto quod vi aut clam: sed utique judicis, qui ex locato judicat, officio continetur, ut ceteras actiones locator omittat.

Zwei dieser Klagen sind gemischt, die *actio legis Aquiliae* und die *actio arborum furtim caesarum:* zwei reipersecutorisch, die *actio locati* und das Interdict *quod vi aut clam.* Die *rei persecutio* findet sich demnach in sämmtlichen Rechtsmitteln: da sie aber nicht mehr als einmal zur Geltung kommen darf, so fallen nach Durchsetzung einer Klage die übrigen fort, ohne dass auf die pönalen Zuthaten irgend ein Gewicht gelegt wird. —

Wenn sich nun also die *rei persecutio* sogar für das Schicksal von zwei Klagen, in denen sie nicht das einzige Element

ist, als maassgebend erweiset, so versteht es sich von selbst, dass sie bei dem Zusammentreffen von mehreren rein reipersecutorischen Klagen, wo der pönale Bestandtheil gar nicht einmal ignorirt zu werden braucht, unbedingt den Ausschlag giebt. Hieraus folgt die Richtigkeit des letzten Abschnitts unserer zweiten Regel, dass mehrere reipersecutorische Klagen mit einander collidiren.

Schon oben (S. 15) machte ich, der Einförmigkeit der factischen Gegenstände bei den Pönalklagen gegenüber, auf die Mannigfaltigkeit derselben bei den reipersecutorischen Klagen aufmerksam. Wenn nun mehrere reipersecutorische Klagen aus einer Handlung entsprungen sind, so muss vor allen Dingen untersucht werden, ob ihnen auch derselbe factische Gegenstand zu Grunde liegt: erst wenn dies feststeht, kann die Collision zwischen den betreffenden Rechtsmitteln stattfinden.

Dies lehrt l. 43 D. *pro socio (Ulp. lib. 28 ad Edictum):*

Si actum sit communi dividundo, non tollitur pro socio actio, quoniam pro socio et nominum rationem habet et adjudicationem non admittit: sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est.

Wie wir aus l. 38 §. 1 D. *eod.* (s. S. 6) wissen, stehen sich die *actio pro socio* und *communi dividundo* in manchen Beziehungen gleich: die Impensen und der Fruchtbezug aus den Societätsgegenständen können mit jeder der genannten Klagen verfolgt werden. In anderer Rücksicht weichen die Gebiete derselben von einander ab: die Regulirung der Societäts-Schulden und -Forderungen ist nur mit der *actio pro socio* durchzuführen, so wie nur in Folge der *actio communi dividundo* eine gerichtliche Eigenthumsübertragung möglich ist.

Hat nun der Socius den ihn an Früchten treffenden Antheil mit der *actio communi dividundo* erstritten, so darf er dieserhalb mit der *actio pro socio* nicht mehr auftreten *(sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est).*

Der Inscription nach dürfte die l. 43 §. 1 D. *de* R. J. mit diesem Satze zusammenhängen. Die l. 43 §. 1 rührt ebenfalls aus dem 28ten Buch des Ulpianischen Edictscommentar her und lautet also:

Quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet.

Die *eadem res* soll den gleichen factischen Gegenstand, also im Falle der l. 43 D. *pro socio* den Antheil an den Societätsfrüchten bezeichnen. In diesem Sinne fassen auch die Basiliken (*lib.* 2 *tit.* 3 *cap.* 43) die l. 43 §. 1 D. *de* R. J. auf:

Πολλῶν ἀγωγῶν περὶ τοῦ αὐτοῦ συντρεχουσῶν τὴν μίαν τις κινεῖν ὀφείλει.

Multis actionibus de eodem concurrentibus unam quis movere debet.

Was ferner den ausschliesslich mit der *actio communi dividundo* zu erlangenden Anspruch auf Adjudication betrifft, so bildet derselbe einen getrennten factischen Gegenstand, welcher auch nach durchgeführter *actio pro socio* stets zur Geltung kommen muss. Auf der anderen Seite sind die *nomina*, ohne Rücksicht darauf ob die *actio communi dividundo* bereits realisirt worden, nur mit der *actio pro socio* zu verfolgen.

Nunmehr wollen wir die hauptsächlichsten quellenmässigen Beispiele von der Collision reipersecutorischer Klagen aufführen:

1) l. 35 §. 1 D. *loc. (Africanus lib.* 8 *Quaestionum):*

Quum fundum communem habuimus et inter nos convenit, ut alternis annis certo pretio eum conductum haberemus, tu quum tuus annus extiturus esset, consulto fructum insequentis anni corrupisti: agam tecum duabus actionibus, una ex conducto, altera ex locato: locati enim judicio mea pars propria, conducti autem actione tua duntaxat propria in judicium venient. Deinde ita notat: nonne quod ad meam partem attinebit, communi dividundo praestabitur a te mihi damnum? Recte quidem notat: sed tamen etiam Servii sententiam veram esse puto, cum eo scilicet, ut, quum alterutra actione rem servaverim altera perimatur.

Ein jeder der Contrahenten hat abwechselnd die *actio conducti* und die *actio locati*. Mit der letzteren trifft daneben die *actio communi dividundo* zusammen: wegen der Identität des factischen und rechtlichen Gegenstandes findet sodann zwischen beiden Klagen Collision statt.

2) l. 38 §. 1 D. *pro socio (Paulus lib.* 6 *ad Sabinum):*

Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quas impensas in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum et altera actione alteram tolli, Proculus ait.

3) l. 47 pr. D. *eod. (Ulp. lib.* 30 *ad Sabinum):*

Sed si ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio....

4) l. 34 §. 1 D. *de* O. et A.:

Si is, cui rem commodavero, eam surripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et condictione: sed altera actio alteram perimet .....

5) l. 34 §. 2 D. *eod.:*

Hinc de colono responsum est, si aliquid ex fundo subtraxerit, teneri eum condictione et furti, quin etiam ex locato: et poena quidem furti non confunditur: illae autem inter se miscentur.....

6) l. 24 D. *de act. rer. amot. (Ulp. lib.* 5 *Regul.):*

Ob res amotas vel proprias viri vel etiam dotales tam vindicatio, tam condictio viro adversus mulierem competit et in potestate est, qua velit actione uti.

7) l. 9 §. 1 D. *de furtis (Pomp. lib.* 6 *ad Sabinum):*

Sed si eam rem a fure vindicassem, condictio mihi manebit, sed potest dici officio judicis qui de proprietate cognoscit, continari, ut non aliter jubeat restitui, quam si condictionem petitor remitteret: quodsi ex condictione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum aut quod magis placet, si paratus esset petitor aestimationem restituere, nec restitueretur ei homo, quanti in litem jurasset damnaretur ei possessor. Vergl. §. 19 J. *de obl. quae ex del.* (S. 17), l. 54 §. 3 D. *de furtis* (S. 16).

Schliesslich mag hier noch die l. 15 §. 12 D. *quod vi aut clam* eine Stelle finden, deren Exemplification insofern unvollständig ist, als sie die zweite collidirende Klage nicht speciell namhaft macht. Dafür spricht sie aber das Princip desto entschiedener aus:

Quia autem hoc interdictum (quod vi aut clam) id, quod interest, continet, si quis alia actione fuerit consecutus id quod interfuit, opus non esse factum, consequens erit dicere, ex interdicto nihil eum consequi oportere.

Hiemit ist der Beweis unserer beiden Regeln vollendet, welche ich der Uebersicht wegen noch einmal mittheile:

1) Wenn mehrere reine und gemischte Pönalklagen zusammentreffen, so concurriren sie: eben dies geschieht, wenn zu einer reinen Pönalklage eine gemischte oder reipersecutorische Klage hinzukommt.

2) Wenn hingegen eine *actio mixta* einer reipersecutorischen Klage begegnet, oder zwei reipersecutorische Klagen zusammentreffen, so tritt Collision ein.

§. 5.

Modificationen der für die Anwendung der Concurrenz und Collision geltenden Principien.

Bei den im vorigen Paragraphen entwickelten Principien hatte es jedoch nicht sein Bewenden: vielmehr fanden es die Römer angemessen, dieselben zu modificiren. In Beziehung auf die Concurrenz schien es wünschenswerth, die Realisirung der mehreren Klagen zu beschränken: andrerseits wollte man den an sich nöthigen Eintritt der Collision abwehren, um die dadurch geschmälerten Ansprüche des Klägers zu erweitern. In Ermangelung anderer Bezeichnungen nenne ich die erste Modification das Reductionssystem, das zweite das Amplificationssystem.

Für das Reductionssystem ist die Cardinalstelle l. 34 pr. D. *de* O. et A., das mehrerwähnte Fragment aus der Paulinischen Monographie *de concurrentibus actionibus:*

Qui servum alienum injuriose verberat ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem injuriarum: injuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa: et ideo possunt utrae competere: sed quidam altera electa alteram consumi, alii per legis Aquiliae actionem injuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse condemnari eum qui aestimationem praestitit: sed si ante injuriarum actum esset, teneri eum et ex lege Aquilia ....

Paulus erklärt sich also *in thesi* für die Durchsetzung der *actio injuriarum* neben der *actio legis Aquiliae* und verwirft dabei sowohl die Meinung derjenigen Juristen, welche zwischen beiden Klagen allemal, als auch derjenigen, welche wenigstens in einem Falle Collision annehmen. Allein da das *ex uno facto in duas actiones incidere* für den Beklagten empfindlich ist und es demgemäss billig erscheint, dass von der strengen Durchführung der Regel Abstand genommen werde, so schlägt Paulus folgendes Auskunftsmittel vor:

Sed et haec sententia (d. h. dass die *actio legis Aquiliae* nach der *actio injuriarum* Erfolg haben solle) *per Praetorem inhibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit agatur. Rationabilius itaque est, eam admitti sententiam, ut liceat ei, quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc consequi* (d. h. der Kläger soll nur das empfangen, was die zweite Klage mehr bietet).

Der Prätor, welcher die Gewährung der Klagen ver-

mittelt, soll hier statt des Vollbetrages zweier Klagen die eine ganz, die andere zum Theil gestatten, vorausgesetzt, dass die letzte eine grössere Summe enthält, als die erste. Zu dem Ende ist es Sache des Prätors, eine Anweisung an den *judex* ergehen zu lassen, welcher durch Erforschung und Vergleichung des factischen Betrages beider Klagen die Reduction der klägerischen Ansprüche herbeiführen soll. Auf diese Thätigkeit des *judex* macht Paulus in l. 41 §. 1 D. *de* O. et A. aufmerksam, wo er der Inscription nach (*lib.* 22 *ad Edictum* vergl. l. 11 D. *arb. furt. caes.*) von dem Zusammentreffen der *actio legis Aquiliae* und der *actio arborum furtim caesarum* handelt:

Si ex eodem facto duae competant actiones, postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione id actor ferat, si tantundem aut minus nihil consequatur.

Dass statt des handschriftlichen *id: nihil* zu lesen sei, ersieht man namentlich auch aus den Basiliken (*lib.* 52 *tit.* 1 *cap.* 40), wo die beiden getrennten Sätze in Einen zusammengezogen sind:

Ὅτι ἐξ ἑνὸς τρόπου δύο ἁρμόζουσιν ἀγωγαί, τῆς μιᾶς κινηθείσης, ἡ ἑτέρα περὶ τῷ περιττῷ σώζεται.

Quando ex una causa duae competunt actiones, mota una altera in amplius salva est.

Das *postea* der l. 41 §. 1 bezieht sich auf die vorgängige Anweisung zu dem betreffenden Reductionsverfahren von Seiten des Prätor.

Die Reduction scheint schon frühe von einzelnen Juristen empfohlen zu sein: und zwar citirt Paulus in l. 1 D. *arb. furt. caes. (lib.* 9 *ad Sabinum)* den Trebatius als Verfechter jener Modification:

Si furtim arbores caesae sint, et ex lege Aquilia et ex duodecim tabularum dandam actionem Labeo ait. Sed Trebatius ita utramque dandam, ut judex in posteriore deducat id, quod ex prima consecutus sit et reliquo condemnet.

Halten wir die l. 1 D. *arb. furt. caes.* mit der l. 34 pr. D. *de* O. et A. zusammen, so ergiebt sich, dass die Reduction nur bei Pönalklagen stattfand, sei es, dass zwei gemischte oder eine gemischte und eine reine Strafklage mit einander concurriren. Bei dem Zusammentreffen einer reinen Pönalklage mit einer reipersecutorischen Klage ist hingegen von einer derartigen Beschränkung nie die Rede. Daraus lässt

sich der Schluss ziehen, dass eine Häufung von Strafen, auch wenn sie mit reipersecutorischen Bestandtheilen untermischt waren, den Römern mehr Grund zur Nachsicht abzugeben schien, als wenn der rechtliche Gegenstand auch nominell sich in beiden Klagen als verschieden darstellte.

Warum aber die Reduction gerade in den beiden mitgetheilten Fällen angewendet worden ist, lässt sich nicht erkennen. Denn aus dem *furtim caedere* entspringt nur ein Delict, obwohl zwei gesetzliche Obligationen vorliegen (s. l. 32 und l. 41 pr. D. *de* O. et A.): bei dem *injuriose verberare* lassen sich jedoch zwei getrennte Delicte wahrnehmen, die Injurie und die Vermögensbeschädigung. Wäre die Reduction nur auf den ersten Fall beschränkt gewesen, so könnte man sagen, dass die Rücksicht auf die Existenz des einen Delicts jene Milderung hervorgerufen habe: allein, da auch in dem andern wesentlich verschiedenen Falle ein Gleiches angenommen worden, so kann jene Erwägung nicht maassgebend gewesen sein.

Es ist in der That schwer zu sagen, welches Princip den Paulus bei der Anwendung der beschriebenen Modification mag geleitet haben, da er in zwei anderen Stellen die Reduction nicht erwähnt, obwohl die Voraussetzungen derselben zutrafen, nemlich in l. 66 D. *usufr.* (S. 23) und l. 2 §. 1 D. *de tutel. act.* in Beziehung auf das Verhältniss der *actio furti* zur *actio rationibus distrahendis.*

Ausser Paulus und Trebatius hat sich nach den Mittheilungen unserer Quellen kein Römischer Jurist für die Reduction bei Pönalklagen ausgesprochen: Alfenus Varus, Labeo, Papinian, Ulpian, Hermogenian beobachten über diesen Punkt ein völliges Stillschweigen. Dagegen scheint Justinian einer durchgehenden Anwendung des Reductionssystemes bei Pönalklagen geneigt gewesen zu sein: dafür spricht ausser der Aufnahme der l. 34 pr. D. *de* O. et A. der Umstand, dass die l. 41 §. 1 D. *eod.*, welche sich der Inscription nach nur auf das Verhältniss zwischen *actio legis Aquiliae* und *actio arborum furtim caesarum* bezieht, ganz allgemein hingestellt worden ist. —

Dem Reductionssystem gegenüber steht das Amplificationssystem, dessen Tendenz dahin gerichtet ist, den an sich begründeten Eintritt der Collision zu hindern und die Ansprüche des Klägers zu erweitern. Auch über diesen

Punkt verbreitet sich ein Abschnitt des *liber singularis de concurrentibus actionibus* des Paulus, den wir in l. 34 §. 2 D. *de* O. et A. finden:

Hinc de colono responsum est, si aliquid ex fundo subtraxerit, teneri eum condictione et furti, quin etiam ex locato: et poena quidem furti non confunditur: illae autem inter se miscentur. Et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta et tu ea ruperis: utraeque enim actiones reipersecutionem continent: et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur. Post commodati an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est remanere, quia simplo accedit, ut simplo subducto locum habeat

Die Handschriften lesen *locum non habet:* ich lasse die Negation fort, und setze ausserdem statt *et simplo subducto locum habet: ut ... habeat*, eine Correctur, deren Begründung im Folgenden geliefert werden wird.

Sowie im Principium der l. 34 die Concurrenz der *actio injuriarum* und der Aquilischen Klage als der Regel gemäss dargestellt wird, so hebt Paulus hier in §. 2 die Collision zwischen der *actio commodati* und *actio legis Aquiliae* als etwas sich von selbst Verstehendes hervor. Jedoch erscheint ihm im letzten Falle der Wegfall der Aquilischen Klage als eine Härte, da ja der pönale Zusatz derselben *(quod in repetitione triginta dierum est)* der *actio commodati* gegenüber ein nicht unbeträchtliches factisches *amplius* darbietet. Um dieses factische *amplius*, welches bei dem Zusammentreffen einer gemischten und einer reipersecutorischen Klage als pönaler Beisatz bedeutungslos zu sein pflegt, dem Kläger zu verschaffen, operirt Paulus in folgender Weise. Er beschränkt die Wirkung der gegen die *actio legis Aquiliae* zustehenden *exceptio*, welche, wie auch l. 34 §. 1 andeutet, ein Mittel zur Herbeiführung der Collision ist, dahin, dass sie nur den Theil der Klage treffen soll, welcher von dem Kläger mit der *actio commodati* bereits durchgesetzt worden ist. In Folge dessen wird der mit der früheren Klage nicht erreichte factische Betrag (das *amplius*) von der *exceptio* nicht afficirt. Diese aus Gründen der Zweckmässigkeit unternommene Conservirung eines Theils der Klage, die der Regel nach collidiren müsste, bezeichnet Paulus durch das Wort *remanere*. Er sagt:

post commodati an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est remanere .....

Diesen Passus können wir so wiedergeben:

„Es ist zweifelhaft, ob nach Durchsetzung der *actio commodati* der pönale Zusatz der Aquilischen Klage conservirt werden soll. Die richtige Meinung entscheidet sich dafür."

Die angegebene Entscheidung motivirt Paulus dadurch, dass er den Betrag, welcher aus der Schätzung nach dem höchsten Werthe in den letzten dreissig Tagen erwächst, als eine factische Vergrösserung des reipersecutorischen Fundamentes darstellt: *quia simplo accedit.*

Da aber die *rei persecutio* bereits mit der *actio commodati* erstritten ist, so soll dieselbe aus dem Betrage der *actio legis Aquiliae* abgezogen werden *(simplo subducto)*, damit sie dem Kläger nicht doppelt zufalle.

Offenbar hat Paulus in dem Schlusssatze *sed verius est etc.* die Absicht, sich zu rechtfertigen, warum er das *amplius* zur Geltung gebracht habe. Nach der mitgetheilten Lesart: *et simplo subducto locum habet* führt der genannte Jurist aber den zu motivirenden Satz selbst als Grund an, indem er sagt:

Der Mehrbetrag soll dem Kläger zugesprochen werden, weil er eine Vermehrung der *rei persecutio* ist, und (weil) die Klage nach Abzug des Simplum auf jenen Mehrbetrag zuständig ist."

Ein solches sinnloses Gerede dürfen wir dem Paulus nicht zutrauen: wir sind daher darauf angewiesen, die Corruption der Ueberlieferung zu heilen. Dies geschieht am Natürlichsten und Zwanglosesten durch Verwandelung des *et* in *ut:* worauf dann statt *habet: habeat* gelesen werden muss.

Durch diese Emendation, welcher hoffentlich die Requisite der *necessitas* und *modestia* nicht fehlen, gewinnt der Schlusspassus einen durchaus befriedigenden Sinn. Paulus beweiset seine Meinung mit den Worten: *quia simplo accedit,* und resumirt sie dann noch einmal (*ut*, so dass), indem er zugleich die nothwendige Beschränkung hervorhebt, dass das Simplum mit der zweiten Klage nicht zu erlangen sei.

Dass das *non* vor *habet* unter allen Umständen hinauszuwerfen sei, unterliegt keinem Bedenken: Paulus würde sich

ja selbst widersprechen, wenn er einmal von derselben Klage sagte: *remanet* und dann *locum non habet.* Auch die gedrängte Fassung der Basiliken (*lib.* 52 *tit.* 1 *cap.* 33) kommt darauf hinaus, dass das *amplius* der *actio legis Aquiliae* nicht abgesprochen, sondern vielmehr zuerkannt werde.

Εἰ δὲ καὶ ἱμάτια χρήσω σοι καὶ διαφθείρῃς αὐτά, ἁρμόζει καὶ ἡ τῶν ἐν χρήσει διδομένων καὶ ἡ ἐξ ὁμολογίας μὲν ἀπαιτοῦσα τὸ ἁπλοῦν, ἐξ ἀρνήσεως δὲ τὸ διπλοῦν ἀγωγή. καὶ ταύτης μὲν κινουμένης ἀναιρεῖται ἡ κατὰ τῶν ἐν χρήσει διδομένων κινουμένη ἀγωγή· ταύτης δε κινουμένης, ἐπὶ τῷ περιττῷ σώζεται ἡ ἀπαιτοῦσα ἐξ ὁμολογίας μὲν τὸ ἁπλοῦν, ἐξ ἀρνήσεως δὲ τὸ διπλοῦν ἀγωγή.

Sed et si vestes tibi commodavero, tuque eas corruperis, competit et de commodatis actio et quae ex confessione quidem simplum, ex inficiatione duplum petit (d. h. *actio legis Aquiliae*). *Atque hac quidem instituta in amplius salva est actio, quae ex confessione quidem simplum, ex inficiatione autem duplum petit.*

Das Amplificationssystem kann natürlich nur dann angewendet werden, wenn die zweite Klage der ersten durchgesetzten Klage gegenüber einen wirklichen Mehrbetrag enthält. Ist daher die *actio legis Aquiliae* eher angestellt worden, als die weniger bietende *actio commodati,* so kann von keiner die Collision abwehrenden Modification die Rede sein: daher steht in l. 34 §. 2 ganz ausdrücklich: *et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur.*

Uebrigens verhehlt Paulus nicht, dass das Amplificationssystem, die Möglichkeit der Anwendung vorausgesetzt, bestritten gewesen sei. Betrachten wir die S. 45 bis 47 abgedruckten Stellen, welche von der Collision handeln, so werden wir gewahr, dass der grösste Theil derselben von dem gedachten Systeme gar keine Notiz nimmt, was mit Rücksicht auf die Erklärung des Paulus nicht auffallend erscheint. Es darf uns dies um so weniger Wunder nehmen, als Paulus selbst in einem Falle, wo die Modification hätte Platz greifen können, an der herrschenden Regel festhält. Er lehrt in l. 2 §. 1 D. *de tutel. act.*, dass nach durchgesetzter *condictio furtiva* der von dem Vormunde bestohlene Pupill mit der *actio rationibus distrahendis* nichts mehr erreichen kann, ungeachtet der pönale Zusatz der letzten Klage gleich der *actio legis Aquiliae* ein factisches *amplius* darbietet *(tollitur hoc judicium, quia nihil absit pupillo).*

Einen inneren Grund, warum Paulus nur in l. 34 §. 2 D. *de* O. et A. und nicht in l. 2 §. 1 D. *de tutel. act.* die Amplification befürwortet habe, kann man eben sowenig angeben, als in Rücksicht auf seine Anwendungen des Reductionssystems. Er scheint seine modificirenden Ansichten nur nach Gelegenheit und versuchsweise vorgebracht zu haben.

Sowie er sich aber bei dem Reductionssysteme auf Trebatius berufen konnte, steht ihm bei dem Amplificationssystem Ulpian zur Seite.

Ulpian unterscheidet sich zunächst darin von andern Römischen Juristen, dass er in einem Falle wenigstens eine auf die Amplification bezügliche Frage aufwirft, wiewohl er die Anwendung derselben zurückweiset. In l. 5 §. 1 D. *de calumn.* handelt es sich um das Verhältniss zwischen der *condictio ob turpem causam* und der *actio de calumniatoribus,* welche zunächst eine reipersecutorische Basis und sodann das Dreifache derselben als pönalen Beisatz enthält. Dieses pönale *amplius* dem Kläger nach durchgesetzter *condictio* zuzusprechen, schien dem Ulpian kein hinlänglicher Grund zu sein: daher beantwortet er die Frage: *quare si fuerit condictum, utrum tollitur haec actio (de calumniatoribus), an vero in triplum danda sit?* dahin: *sed puto sufficere alterutram actionem,* womit er die Amplification für den vorliegenden Fall ausschliesst.

Dagegen zeigt sich Ulpian in l. 7 §. 1 D. *commod.* einer partiellen Beseitigung der Collision nicht abgeneigt. In diesem Gesetze wird der von Paulus in l. 34 §. 2 D. *de* O. et A. proponirte Fall, wo die *actio legis Aquiliae* mit der *actio commodati* zusammentrifft, erwogen. Gleich diesem Juristen erkennt Ulpian *principaliter* die Collision zwischen beiden Klagen an. Sodann macht er folgende Bemerkung:

nisi forte quis dixerit, agendo eum ex lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est: quod videtur habere rationem.

Ulpian will eben das sagen, was Paulus in l. 34 §. 2 D. *de* O. et A. so ausgedrückt hat: *verius est (actionem legis Aquiliae in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est) remanere, quia simplo accedit, ut simplo subducto locum habeat.*

Im Uebrigen betrachtet auch Ulpian die Gestattung der Amplification als etwas Streitiges: er bringt seine Meinung sichtlich bescheiden und mit einer gewissen Zurückhaltung

vor: *nisi forte quis dixerit* und *quod videtur habere rationem.*

Mit ungleich grösserer Sicherheit spricht sich Ulpian in gleichem Sinne in l. 47 pr. D. *pro socio* aus, welche die *actio pro socio* mit der *condictio furtiva* zusammenstellt:

Sed si ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio, nisi pluris mea intersit.

Zwar wird auch hier die Regel, dass die beiden Klagen collidiren *(cessabit* gleich *tollitur)*, principiell anerkannt; indessen stellt Ulpian hier die Gewährung des factischen Plus, falls ein solches in der *actio pro socio* enthalten ist, als etwas ganz Unbedenkliches dar. —

Die beschriebenen Modificationen, deren eine dazu dient, der Concurrenz ein bestimmtes Maass anzuweisen, während die andere den Eintritt der Collision theilweise hindern soll, legen zugleich den innigen Zusammenhang dar, in welchem die beiden Institute zu einander stehen. Vermittelst der Reduction wird nemlich da, wo die mehreren Klagen wirklich zum vollen Betrage durchgesetzt werden konnten, die totale Concurrenz in eine partielle verwandelt, oder es tritt sogar Collision ein. Ersteres ist der Fall, wenn die zweite Klage einen grösseren factischen Betrag involvirt, als die erste, z. B. die *actio legis Aquiliae* im Verhältniss zur *actio injuriarum* (l. 34 pr. D. *de* O. et A.). Die Collision wird hervorgerufen, wenn die zweite der zuständigen Klagen ebensoviel oder gar weniger enthält als die erste: *si in reliqua actione tantundem sit aut minus, nihil actor consequitur* sagt Paulus in l. 41 §. 1 D. *de* O. et A., ohne uns ein Beispiel zu geben.

Andrerseits hat die Amplification den Zweck, an Stelle der Collision eine partielle Concurrenz zu setzen, falls in der zweiten Klage ein grösserer factischer Betrag vorhanden sein sollte.

Beide Modificationen streben also eine Ausgleichung, eine Vermittelung zwischen zwei entgegengesetzten Principien an: es soll für alle Fälle ein möglichst gleiches Resultat erreicht werden. Dabei darf man nicht vergessen, dass die Modificationen ihren Tendenzen nach wesentlich von einander verschieden sind: die eine will etwas abnehmen, während die andere etwas hinzufügt.

§. 6.

Herbeiführung der Collision.

In Folge der Concurrenz kann der Beklagte wegen einer Handlung mehrmals condemnirt werden. Die Collision hingegen bewirkt, dass von den mehreren an sich zuständigen Klagen nur eine für den Kläger Erfolg hat.

Es fragt sich, auf welche Weise die anderen Rechtsmittel erfolglos werden. Diese Frage wird in folgenden Stellen beantwortet:

l. 34 §. 1 D. *de* O. et A.:

Si is cui rem commodavero, eam surripuerit, tenebitur quidem et commodati et condictione: sed altera actio alteram perimit aut ipso jure aut per exceptionem; quod est tutius.

l. 14 §. 13 D. *quod metus:*

Eum qui metum fecit, et de dolo teneri certum est, et ita Pomponius: et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita.

Die mitgetheilten Fälle gehören regulair zur Collision: in l. 14 §. 1 begegnen sich zwei reipersecutorische Klagen, in l. 14 §. 13 trifft eine gemischte mit einer reipersecutorischen zusammen.

Dass die Concurrenz einer reinen Pönalklage mit einer reipersecutorischen Klage gegen die Aussprüche der andern Juristen von Javolen nicht anerkannt, sondern statt dessen Collision statuirt worden sei, ist S. 34 entwickelt. Dieser Umstand darf uns jedoch nicht hindern, den Javolen als Gewährsmann für die Frage nach der Herbeiführung der Collision heranzuziehen, wenn auch in dem betreffenden Falle die Collision nicht passend angewendet war. Javolen äussert sich in l. 71 pr. D. *de furtis* dahin:

Si is cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest; et si furti actum est, commodati actio extinguitur, si commodati, actioni furti exceptio objicitur.

Die in den aufgeführten Gesetzen erwähnte *exceptio* wird in l. 14 §. 13 D. *quod metus* als eine *exceptio in factum* characterisirt. Das Factum welches derselben zu Grunde liegt, ist offenbar der Umstand, dass in den mehreren Klagen bei getrennten Verpflichtungsgründen doch nur ein und derselbe juristische Gegenstand vorkommt. Wenn also

der von dem Commodatar bestohlene Commodant die reipersecutorische *actio commodati* durchgeführt hat, und später denselben Diebstahl mit der *condictio furtiva*, welche ja ebenfalls reipersecutorisch ist, urgiren will, so wird er mittelst der auf die Gleichartigkeit des rechtlichen Gegenstandes sich stützenden *exceptio in factum* abgewiesen. Insofern der Commodant diese Gleichartigkeit des rechtlichen Gegenstandes als Hinderniss für die Geltendmachung der zweiten Klage hätte anerkennen müssen, gilt er als dolose: s. l. 2 §. 5 D. *de doli exc. (Ulp. lib. 76 ad Edictum)*:

Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia doli facit, quicunque id, quod quacunque exceptione elidi potest, petit.

Die Identität des juristischen Klagobjectes giebt stets nur einen Exceptionsgrund ab: niemals wird dem, welcher sich auf mehrfache Verpflichtungen des Beklagten berufen kann, die zweite Klage denegirt. Dem sind auch die beiden scheinbar widersprechenden Ausdrücke in l. 34 §. 1 und l. 7 pr. *altera actio alteram ipso jure perimet* und *si furti actum sit, commodati actio extinguitur* nicht entgegen.

Um diese Redeweisen mit unserer Behauptung, dass die Collision nur durch eine *exceptio* realisirt werde, in Einklang zu bringen, müssen wir uns an den für das Römische Recht so bedeutungsvollen Unterschied zwischen *judicium stricti juris* und *bonae fidei* erinnern. Diese beiden Klagarten weichen unter Andern auch darin von einander ab, dass bei der letztern der *judex* vermöge seines *officii* befugt war, die von Seiten des Beklagten opponirte *exceptio* ohne Weiteres zu berücksichtigen, während die Natur der *actio stricti juris* es mit sich brachte, dass die *exceptio* von dem Prätor in der Formel speciell bemerkbar gemacht sein musste. Wenden wir uns mit dieser unbestrittenen Bemerkung zunächst zur l. 71 pr. D. *de furtis*, so steht fest, dass die *actio commodati* eine *actio bonae fidei* ist: was die *actio furti* betrifft, so scheint sie als civile Delictsklage nach den für die *actiones stricti juris* geltenden Grundsätzen beurtheilt worden zu sein. Ist die *actio furti* durchgesetzt worden und wird nachher die *actio commodati* angestellt, so ist der zur Aburtheilung des letzten Prozesses autorisirte *judex* in der Lage, auch die nicht in der Formel ausgedrückte *exceptio in factum* oder *doli* als zur Abweisung des Klägers geeignet anzuerkennen.

Dies will Javolen mit den Worten andeuten: *commodati actio extinguitur.* Dass er an keine *denegatio actionis* denkt, geht daraus hervor, dass kurz vorher steht: *agi cum eo et furti et commodati potest.* Wenn der Commodant es hingegen vorgezogen hat, mit Anstellung der *actio commodati* zu beginnen, und dann die *actio furti* anhängig zu machen, so ist die Berufung des Beklagten auf die *exceptio* nur dann erspriesslich, sofern der Prätor dieselbe in die Formel aufgenommen hat. Demgemäss soll der Passus: *si commodati (actum est), actioni furti exceptio objicitur* uns darauf aufmerksam machen, dass das *officium judicis* hier nicht ausreichend sei, sondern dass die *exceptio* erst durch die Mitwirkung des Prätors zur Geltung komme.

Uebrigens macht die eigenthümliche Sonderstellung der l. 71 pr. D. *de furtis* noch eine Bemerkung nothwendig. Javolen konnte, indem er eine *actio mere poenalis* mit einer reipersecutorischen Klage collidiren lässt, die Gleichartigkeit des rechtlichen Gegenstandes nicht als Exceptionsgrund betrachten. Wahrscheinlich dünkte es ihm an sich unbillig, dass eine Handlung Veranlassung zu mehreren Klagen geben sollte, ohne auf die verschiedenen obligatorischen Gründe Gewicht zu legen. Auf diese Weise ist die in l. 71 pr. vorkommende *exceptio* materiell zu erklären.

Was ferner die l. 34 §. 1 D. *de* O. et A. betrifft, so ist der Ausdruck *ipso jure* mit dem in l. 71 pr. gebrauchten Worte *extingui* gleichbedeutend. Die *condictio furtiva* gehört zu den *actiones stricti juris:* daher bedarf es nach durchgeführter *actio commodati* einer speciell in der Formel namhaft gemachten *exceptio:* im andern Falle wird dies Requisit durch die Stellung des *judex* entbehrlich.

Bemerkenswerth sind die Schlussworte der l. 34 §. 1 D. *de* O. et A.: *quod est tutius.* Sie folgen unmittelbar auf die Worte *per exceptionem,* und sollen zeigen, dass eine specielle Erwähnung der *exceptio* in der Formel auch da zu empfehlen sei, wo der *judex* Vollmacht habe sie unbedingt zu berücksichtigen, also bei den *actiones bonae fidei.* Denn es könnte vorkommen, dass der *judex* sein *officium* nicht in der vorausgesetzten Weise ausüben, und dadurch die Parthei benachtheiligen möchte, welcher Befürchtung durch die in allen Fällen ergehende Anweisung des Prätors vorgebeugt werde.

Der Gedanke, dass die Anweisung des Prätor in der Formel dem Beklagten grössere Sicherheit verschaffe, liegt vielleicht auch der l. 14 §. 13 D. *quod metus* zu Grunde. In Rücksicht auf die Vollmacht des *judex*, Exceptionen zur Geltung zu bringen, stehen die *actiones arbitrariae* den *actiones bonae fidei* ganz gleich. Die *actio quod metus* und die *actio doli* sind beide arbiträr; auch bei ihnen kann die ausdrückliche Erwähnung der *exceptio* in der Formel wünschenswerth sein: *consumi alteram per alteram exceptione in factum opposita.* Es ist aber auch ferner möglich, dass Ulpian an die prozessualischen Eigenthümlichkeiten gar nicht denkt, sondern die *exceptio* nur als das Mittel zur Realisirung der Collision darstellen will. —

Die *exceptio* soll verhüten, dass derselbe juristische Gegenstand zweimal eingetrieben werde. Aus dieser Bestimmung folgt zugleich, dass sie nur dann statthaft ist, wenn die erste Klage den Kläger zum Ziel geführt hat. Dies Ziel erreicht der Kläger einmal durch factische Befriedigung von Seiten des Beklagten, sodann aber durch Erstreitung eines obsieglichen Urtheils, indem mit der aus demselben entspringenden *actio judicati* die Befriedigung erzwungen werden kann. Beide Fälle werden in den Quellen ganz gleichgestellt.

Ueber die factische Befriedigung, welche der Kläger nach Anstellung der ersten Klage gewonnen hat, verbreiten sich folgende Stellen:

1) l. 35 §. 1 D. *locati:*

In Bezug auf das Zusammentreffen der *actio locati* und *actio communi dividundo* wird hier unter Anderem gesagt:

.... *recte quidem notat: sed tamen etiam Servii sententiam veram esse puto, cum eo scilicet, ut si alterutra actione rem servaverim, altera perimatur.*

2) l. 7 §. 1 D. *commod.:*

.... *nam et si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem: nisi forte quis dixerit, agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est* ....

3) l. 2 §. 1 D. *de tutel. act.:*

.... *Sed et condictio ex furtiva causa competit, per quam si consecutus fuerit pupillus, quod fuerit ablatum, tollitur hoc judicium (actio rationibus distrahendis)* .....

4) l. 5 §. 12 D. *quod vi aut clam:*

Quia autem hoc interdictum (quod vi aut clam) id quod interest continet, si quis alia actione fuerit consecutus, id quod interfuit opus non esse factum, consequens erit dicere, ex interdicto nihil eum consequi oportere.

5) l. 9 §. 1 D. *de furtis:*

Sed si eam (rem) a fure vindicassem, condictio mihi manebit, sed potest dici, officio judicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter jubeat restitui, quam si condictionem petitor remitteret: quodsi ex condictione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum ....

Auf die Durchführung der ersten Klage bis zur *res judicata* bezieht sich

1) l. 27 §. 11 D. *ad leg. Aquil.*

Proculus ait, quum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato vel ex lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere: et si uno judicio res esset judicata, altero amplius non est agendum .....

In den Basiliken (*lib.* 60 *tit.* 3 *cap.* 27) ist das Moment der *res judicata* nicht besonders hervorgehoben:

Ἐὰν ὁ δοῦλος τοῦ μισθωτοῦ καύσῃ τὸ ἐποίκιον, χώρα τῇ μισθώσει καὶ τῷ Ακουϊλίῳ· καὶ τῆς μιᾶς κινουμένης ἀρ-γεῖ ἡ ἄλλη.

Si servus conductoris villam exusserit, locus est actioni ex locato et Aquiliae: et una mota cessat altera.

2) l. 11 D. *arb. furt. caes.:*

Sed si de arboribus caesis ex lege Aquilia actum sit, interdicto quod vi aut clam reddito absolvetur, si satis prima condemnatione gravaverit reum, manente nihilominus ex lege duodecim tabularum.

Aus diesen klaren Zeugnissen erhellt, dass die Collision zwischen der ersten und zweiten Klage nur dann eintritt, wenn der Kläger die erste bis zur Sentenz geführt oder von dem Beklagten das Geforderte empfangen hat. Nach diesem Resultat ist eine Reihe von Quellenstücken zu interpretiren, in denen aus der Anstellung der ersten Klage die Collision abgeleitet wird. Die Römischen Juristen haben sich in solchen Stellen zwangloser ausgedrückt, indem sie von der Voraussetzung ausgingen, dass es nicht bei dem blossen Anhängigmachen geblieben sei, sondern dass die Klage für

den Kläger den gewünschten Erfolg gehabt habe. Eine solche zwanglose Ausdrucksweise finden wir z. B. in folgenden Fragmenten:

l. 34 §. 1 D. *de* O. et A.:

Si is, cui rem commodavero, eam surripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et condictione: sed altera actio alteram perimit ....

l. 47 pr. D. *pro socio:*

Sed si ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio, nisi pluris mea intersit.

l. 18 §. 1 D. *commod.*

Sive autem pignus sive commodata res deterior ab eo, qui acceperit, facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae, sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur.

l. 5 §. 1 D. *de calumn.*:

Sed etiam praeter hanc actionem (de calumniatoribus) condictio competit .... Quare si fuerit condictum, utrum tollitur haec actio an vero in triplum danda sit? ....

Die Nothwendigkeit einer *exceptio* für den Beklagten ist ein Beleg dafür, dass der Kläger die zweite Klage *de jure* anstellen darf. Zwar wird der Berechtigte, wenn er die erste Klage durchgesetzt hat, im Allgemeinen nicht leicht geneigt sein, die zweite Klage anzustrengen, um sich mittelst der *exceptio* zurückweisen zu lassen: allein es ist jedenfalls nicht unmöglich, dass er dies dennoch thue. Unter diesen Umständen muss es dem Beklagten erwünscht sein, den Kläger von vorne herein auf einen Prozess beschränkt zu sehen, damit sich kein zweiter Rechtsstreit daran schliesse. Diesem Interesse des Beklagten suchten die Römer bei den *actiones bonae fidei* und *arbitrariae* mittelst des *officium judicis* möglichst Rechnung zu tragen. Der *judex* durfte nemlich den Kläger im Laufe des ersten Prozesses zu einer Caution des Inhalts veranlassen, dass er nach erlangter Befriedigung den Beklagten mit der zweiten Klage nicht belangen werde. Nun war auch durch diese *cautio de remittendo* dem Kläger die Möglichkeit, mit der zweiten Klage aufzutreten, nicht schlechthin entzogen: aber es war doch in hohem Grade wahrscheinlich, dass der Kläger sich bei der ersten Klage beruhigen werde, da er, abgesehen von der Resultatlosigkeit

der zweiten Klage, die in der Cautionsstipulation bedungene Geldstrafe verwirkt haben würde.

Wegen der Zulässigkeit der zweiten Klage erscheint also die Cautionsleistung des Klägers keineswegs als überflüssig. Die muthmassliche Folge dieser Cautionsleistung ist, dass sich der Kläger mit der Durchführung der ersten Klage begnügen werde. In freier Redeweise sagen die Römer dann auch, dass sich der Kläger mit der einen Klage begnügen müsse.

Davon zeugen einige Gesetze:

l. 43 D. *locati*:

Si vulneraveris servum tibi locatum, ejusdem vulneris nomine legis Aquiliae et ex locato actio est: sed alterutra contentus esse actor debet: idque officio judicis continetur, apud quem ex locato agetur.

l. 18 D. *ad leg. Aquil.*:

Sed et is, qui pignori servum accepit, occidit eum, vel vulneravit, lege Aquilia et pigneratitia conveniri potest: sed alterutra actione contentum esse debet actor.

l. 9 D. *arb. furt. caes.*

Si colonus sit qui caeciderit arbores, etiam ex locato cum eo agi potest: plane una actione contentus esse debet actor.

In l. 43 hat das *officium judicis* die Cautionsleistung vermittelt und dadurch den Kläger auf eine Klage beschränkt: auch in den beiden anderen Stellen ist das *contentus esse debere* auf denselben Act zurückzuführen.

Dazu kommt:

l. 50 D. *pro socio*:

Sed actione pro socio consequitur (actor) ut altera actione contentus esse debeat, quia utraque actio ad rei persecutionem respicit, non ut furti ad poenam duntaxat.

Paulus handelt hier, wie aus den mit l. 50 zusammengehörenden l. 47 §. 1 bis l. 49 hervorgeht, von dem Zusammentreffen der *actio legis Aquiliae* und *pro socio*, weil ein Socius einen Societätsgegenstand beschädigt hatte. Nachdem die Zulässigkeit beider Rechtsmittel neben einander anerkannt ist, fährt Paulus fort:

„aber der Kläger erreicht bei Anstellung der *actio pro socio* nur, dass er (in Folge der vom *judex* veranlassten Cautionsstipulation) sich für eine von beiden Klagen entscheiden muss."

. Das Ungenaue dieser Ausdrucksweise ist schon vorhin angedeutet: eigentlich hat die Caution nur den Effect, dass dem Beklagten, falls er von Neuem belangt wird, eine Summe Geldes zufällt.

Wir wollen jetzt die einzelnen Anwendungen der Remission aufzählen. Dieselbe wird erwähnt

I. Bei folgenden *actiones bonae fidei:*

1) *actio locati*

l. 9 D. *arb. furt. caes.* (s. S. 59), l. 43 D. *locati* (s. S. 59) und l. 25 §. 5 D. *eod.:*

Ipse quoque (conductor) si exciderit (arbores), non solum ex locato tenetur, sed etiam lege Aquilia et ex lege duodecim tabularum arborum furtim caesarum et interdicto quod vi aut clam: sed utique judicis, qui ex locato judicat, officio continetur, ut ceteras actiones locator omittat.

2) *actio pigneratitia*

l. 18 D. *ad leg. Aquil.* (s. S. 59).

3) *actio commodati*

l. 7 §. 1 D. *commod.*

.... nam si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem ....

Die Remission wird ferner angewendet:

II. Bei nachstehenden *actiones arbitrariae:*

1) *rei vindicatio*

l. 13 D. *de* R. V.:

Non solum autem rem restitui, verum etsi deterior res sit facta, rationem judex habere debebit. Finge enim debilitatum hominem vel verberatum restitui: utique ratio per judicem habebitur, quanto deterior sit factus, quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possit. Unde quaeritur, an non alias judex damnum aestimare debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae? Et Labeo ait, cavere petitorem oportere, lege Aquilia non acturum, quae sententia vera est.

l. 9 §. 1 D. *de furtis:*

Sed si eam (rem) a fure vindicassem, condictio mihi manebit, sed potest dici, officio judicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter jubeat restitui, quam si condictionem petitor remitteret ....

2) *hereditatis petitio*

l. 36 §. 2 D. *de* H. P.:

Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet. Sed Pomponius ait, actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat, se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae, omissa ejus rei aestimatione a judice .... —

Die *cautio de remittenda* dient also dazu, die an sich begründete Collision mittelst einer Stipulation herbeizuführen. Die stipulirte Summe kann der Beklagte dem Kläger selbst dann schon abfordern, wenn dieser die erste Klage nicht bis zum Judicat geführt, sondern den Prozess vorher abgebrochen hat. Insofern wird durch die Remission die Lage des Beklagten besser, als wenn ihm bloss die *exceptio* zusteht.

Im Uebrigen durfte das *officium judicis* auf die beschriebene Weise nur da eingreifen, wo ein wirklicher Collisionsfall vorlag. Bei dem Zusammentreffen mehrerer Pönalklagen oder einer reinen Pönalklage und einer reipersecutorischen Klage war eine Caution zum Zwecke der Remission des zweiten Rechtsmittels unstatthaft: wir finden sie in keinem quellenmässigen Beispiele angewendet. Sollte die Concurrenz durch Reduction beschränkt werden, so bedurfte es dazu, wie wir S. 46 sahen, einer Anweisung von Seiten des Prätor. —

Als Mittel zur Herbeiführung der Collision ist die Remission nicht verträglich mit dem Amplificationssysteme, welches gerade den Eintritt der Collision theilweise abwehren soll. Paulus, welcher sich in l. 34 §. 2 D. *de* O. et A. für die Gewährung des Mehrbetrages der zweiten Klage entscheidet, giebt in mehreren Stellen der Remission den Vorzug (s. l. 43 D. *loc.*, l. 18 D. *ad leg. Aquil.*, l. 36 §. 2 D. *de* H. P., l. 50 D. *pro socio*). Dagegen bemerkt Ulpian in l. 7 §. 1 D. *commod.*, dass die Remission der zweiten Klage sich zwar auf die Billigkeit stütze, dass aber der Amplification die *ratio* zur Seite stehe.

ZWEITER THEIL.

Dogmengeschichte.

§. 1.

Literarische Angaben.

Von den früheren speciellen Bearbeitungen der Lehre von der Concurrenz und Collision der Klagen sind hervorzuheben:

Thibaut Grundzüge einer vollständigen Darstellung der Lehre von der Concurrenz der Civilklagen. (Civilistische Abhandlungen. Nro. 9 S. 146—204).

Huschke Zur Lehre von der Concurrenz der Klagen. (Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. Zweiter Band, Neue Folge 1846. Kleine kritische Versuche Nro. 10 S. 180—197).

Kleinschrod Zur Lehre von der Concurrenz der Klagen. Eine Habilitationsschrift. 1849.

Eine grosse Zahl älterer (mehr oder minder werthloser) Dissertationen über unseren Gegenstand ist verzeichnet in der *Bibliotheca realis juridica* von Lipen und den Fortsetzungen von Schott, Senckenberg und Madihn *(sub voce concursus actionum)*. Dazu kommt:

Baklesse de concursu actionum civilium Leodii 1830.

In den Systemen des Civilrechts haben Donellus und Savigny die ausführlichsten Darstellungen geliefert.

Donellus Commentarii juris civilis Lib. XXI. *cap.* 3. *„Pluribus actionibus in eadem re constitutis an omnes ideo competant: cum competant an liceat omnibus experiri.“*

Savigny System des heutigen Römischen Rechts. Bd. 5 §. 231—36. „Concurrenz der Klagen.“ *)

*) Die bezeichneten Schriften werden der Kürze halber nur mit dem Namen ihrer Verfasser citirt werden. Den Donellus citire ich nach der König-Bucherschen Ausgabe.

Indem ich im Folgenden die auf die Hauptmomente der Materie sich beziehenden Doctrinen kritisch darzustellen beabsichtige, liegt es in meinem Plane, vor Allem diejenigen Arbeiten genauer zu berücksichtigen, in welchen auf das Wesen der Lehre gründlich eingegangen worden ist. Kürzere und beiläufige Aeusserungen sollen nur dann in Betracht gezogen werden, wenn sie wegen ihres Inhalts oder ihrer Verfasser Aufmerksamkeit verdienen. Alle flüchtig hingeworfenen Vermuthungen und Bemerkungen zu referiren und zu prüfen, kann nicht dem Zweck einer Dogmengeschichte entsprechend sein: vielmehr kommt es besonders darauf an, das herauszuheben, was sich für das Verständniss der Lehre als fruchtbar erweiset. Die Beurtheilung wird auf Grund der im ersten Theil entwickelten Ansichten erfolgen, deren gesonderte Darstellung vorangeschickt ist, um für die Betrachtung der sich vielfach widersprechenden Meinungen ein festes Kriterium zu gewinnen. Manche Punkte werden hierbei noch eine ausführlichere Begründung erfahren.

§. 2.

Terminologien.

Schon der Titel dieses Buches enthält eine Abweichung von der gangbaren Terminologie cumulative und elective Klagenconcurrenz. Was man bisher als cumulative Concurrenz zu bezeichnen pflegte, nenne ich Concurrenz im besonderen Sinne: Collision ist ein anderer Ausdruck für die sg. elective Concurrenz (s. Theil I §. 1).

Bei jenen Bezeichnungen versteht man unter Concurrenz das Zusammentreffen mehrerer Klagen, in Folge dessen dieselben entweder alle zur Geltung kommen oder nur eine. Jedoch erscheint es nicht angemessen, das rein zufällige Zusammentreffen als die juristische Basis zweier in ihren Wirkungen so verschiedenen Institute aufzufassen: vielmehr ist das Zusammentreffen nur die factische Voraussetzung für die Zulässigkeit mehrerer Klagen neben einander. Ob diese Zulässigkeit sich als eine erfolgreiche oder erfolglose darstellt, ist praktisch von der grössten Bedeutung: dieser Gegensatz wird aber verwischt, wenn man auf die blosse Begegnung der Klagen bei der Wahl der Terminologien vorzugsweise Gewicht legt.

Dazu kommt, dass die eines quellenmässigen Anhaltes entbehrenden Bezeichnungen cumulative und elective Concurrenz an einer gewissen Unförmlichkeit laboriren, welche man recht erkennt, wenn man sie in's Deutsche überträgt: niemanden kann entgehen, wie ungeschickt es ist, von einem gehäuften und ausgewählten Zusammentreffen zu reden.

Mit Rücksicht auf die materielle und formelle Mangelhaftigkeit der Ausdrücke cumulative und elective Concurrenz erscheint es unbedenklich, dieselben ganz fallen zu lassen, und dafür unter Concurrenz ausschliesslich das juristisch wirksame Nebeneinandergehen mehrerer Klagen zu verstehen. Im Gegensatz hiezu bezeichnet dann Collision den Zustand, in welchem die Möglichkeit eines solchen wirksamen Nebeneinandergehens aufgehoben wird.

Die Anwendung der Worte Concurrenz und Collision in diesem Sinne habe ich nur in dem Grundriss zu Pandektenvorlesungen von Böcking (Buch 1 §. 147 und 155) gefunden.

Wahrscheinlich sind die Bezeichnungen *concursus cumulativus* und *electivus* in den Niederlanden entstanden. Ich halte es nicht für unmöglich, dass Ulrich Huber in seinen *Praelectiones juris civilis* derselben sich zuerst bedient hat, ohne jedoch diesen Umstand besonders hervorzuheben. Von den Niederlanden aus hat sich dann jener Sprachgebrauch allgemein verbreitet und ist auch in sämmtliche deutsche Lehr- und Handbücher des gemeinen Rechts übergegangen: bisweilen kommen die Ausdrücke copulativer und alternativer Concurs vor.

Bei den Glossatoren, den Scholastikern und den älteren Juristen der französischen Schule, Cujacius, Donellus u. A. findet sich keine Spur von den Worten *concursus cumulativus* und *electivus:* die gedachten Schriftsteller schliessen sich durchaus an den in den Römischen Quellen herrschenden Sprachgebrauch an.

Savigny (S. 215, 16) verwirft ebenfalls die erwähnte Terminologie, legt aber dem Worte Concurrenz eine ganz neue, eigenthümliche Bedeutung bei. Er nimmt eine Concurrenz dann an, wenn die zweite Klage von dem Erfolg der ersten absorbirt ist: wenn hingegen die zweite nach der ersten noch vollständig benutzt werden kann, soll keine

Concurrenz vorhanden sein. Auf diese Weise ist Concurrenz als ein schädliches, störendes Zusammentreffen aufgefasst worden, so dass das Wort lediglich als ein anderer Ausdruck für Collision erscheint. Diese Annahme, welche ich für sprachlich unmöglich halte, ist von Savigny durchaus nicht motivirt worden: er beruft sich nur darauf, dass es klarer und einfacher sei, Concurrenz in dem angegebenen Sinne zu gebrauchen. Erklärlich wird Savigny's Vorschlag durch die systematische Stellung, in welcher er die Lehre von der Concurrenz der Klagen abhandelt. Er fasst sie gleich dem Tode der Parthei und der Verjährung als ein Aufhebungsmittel der Klagen auf, wie auch die meisten neueren Rechtslehrer vor ihm. Indessen kann doch nur die Collision oder die sg. elective Concurrenz die Stelle eines Aufhebungsmittels einnehmen: die Concurrenz im besonderen Sinne oder die cumulative ist gerade eine Vermehrung der Klagerechte, insofern es dem Berechtigten freisteht, auf Grund einer Handlung zwei oder mehrere Klagen anzustellen und durchzuführen. Diese Bemerkung ist hinreichend, um die Einseitigkeit der gedachten systematischen Anordnung darzuthun. Wie es scheint, ist jene Einseitigkeit Savigny keineswegs entgangen: nur durfte er, um die bisherige systematische Anordnung zu retten, dem Ausdrucke Concurrenz nicht den Sinn eines absorbirenden Zusammentreffens beilegen.

§. 3.

Juristische Construction der Institute.

Als juristischer Vereinigungspunkt für die Concurrenz und Collision der Klagen ergab sich aus inneren Gründen und aus Quellenzeugnissen die Einheit der Handlung (s. Theil I S. 4—7). Dies Requisit ist bisher nicht gebührend gewürdigt worden. Die meisten Schriftsteller von den Glossatoren an ziehen solche Fälle in die Materie hinein, in welchen mehrere Handlungen die Veranlassung zum Nebeneinandergehen der mehreren Klagen bilden (s. z. B. Donellus, Thibaut und Göschen Vorlesungen I, §. 159 S. 463. Nur wenige heben hervor, dass die Mehrheit der Klagen auf eine Handlung zurückzuführen sei: so sagt Jacob Gothofredus in seiner Ausgabe des *Codex Theodosianus ad l. un. victum civiliter agere: id enim est concur-*

sus actionum, quotiens ex uno eodemque facto plures actiones competant.

Ausdrücklich geläugnet wird das bezeichnete Moment von Savigny. Indem er Alles auf die Beschaffenheit des juristischen Gegenstandes*) stellt, gilt ihm der gemeinsame Entstehungsgrund als etwas ganz Gleichgültiges (S. 206, 208).

Von dieser Ansicht aus wirft er dem Paulus (beiläufig bemerkt dem Monographen unserer Lehre) einen Irrthum vor, der darin bestehe, dass in l. 41 §. 1 D. *de* O. et A. auf die den mehreren Klagen zu Grunde liegende Handlung Gewicht gelegt worden sei. Von diesem Irrthum wären in der Auffassung des Paulus mehrfache Consequenzen bemerkbar. Aber nicht nur Paulus sondern auch Modestin soll sich in l. 53 pr. D. *de* O. et A. nach Savigny der „ganz verwerflichen" Verwechselung des gleichen materiellen Entstehungsgrundes (d. i. der Thatsache) mit dem gemeinsamen juristischen Objecte schuldig gemacht haben (S. 238, 39).

Savigny glaubt nemlich, dass Modestin in der citirten Stelle zweimal auf die gemeinsame Thatsache hindeute. Erstlich hiessen die Worte *in una re* offenbar so viel als *ex eodem facto:* sodann hätte in dem nachfolgenden abwechselnd gebrauchten Ausdrucke *ex una obligatione obligatio* die sehr gewöhnliche Bedeutung der eine Obligation erzeugenden Handlung.

Hiegegen ist zu erinnern, dass Modestin nicht sagt *ex una re,* sondern *in una re,* und dass die behauptete Bedeutung von *obligatio* ebenso selten sein dürfte, als der Gebrauch des Wortes *res* im Sinne von *factum.* Sodann erscheint es ganz unerklärlich, warum in einem so kurzen Satze zur Bezeichnung desselben Begriffs verschiedene Worte gebraucht sein sollten. Stärker noch als diese Bedenken spricht gegen Savigny der Umstand, dass mit Benutzung jener Annahmen der Inhalt der Stelle ziemlich bedeutungslos erscheint. Modestin würde dann Folgendes gesagt haben:

*) Zu bemerken ist, dass Savigny den Ausdruck juristischer Gegenstand in einem anderen Sinne gebraucht, als wir demselben Theil I S. 14 beigelegt haben. Wenn auf dasselbe Haus oder Pferd verschiedene Ansprüche vorhanden sind, so spricht Savigny von dem materiellen Gegenstande. „Wenn aber mehrere Klagen die Entschädigung für denselben Verlust oder die Wiedererlangung desselben Besitzes bezwecken, so haben sie den juristischen Gegenstand mit einander gemein." (S. 208 Note f).

„Mehrere Delicte, die aus einer Handlung entstanden sind, lassen mehrere Klagen zu, die aber nach der Meinung der Juristen nicht alle neben einander geltend gemacht werden können: denn wenn aus einer Handlung mehrere Klagen entstehen, kann nur eine, nicht alle, durchgesetzt werden."

Soll der zweite Abschnitt nicht eine reine Wiederholung des ersten sein, so müssen wir unter den *plures actiones* des zweiten Abschnitts Contractsklagen verstehen, um einen Gegensatz zu den Delictsklagen zu gewinnen. Dass aber die Stellung der Contractsklagen auf die Verhältnisse der concurrirenden Delictsklagen einen Einfluss ausübe, ist im höchsten Grade unwahrscheinlich, und in den Quellen nirgends gesagt: daher kann man eine solche rein äusserliche Motivirung dem Modestin unter keiner Bedingung unterlegen.

Aus Allem folgt die Nothwendigkeit, die Worte *res* und *obligatio* in ihrer natürlichen und regulairen Bedeutung zu gebrauchen, wie meinerseits bei der Interpretation der l. 53 pr. (s. Theil I S. 25—29) geschehen ist.

Uebrigens rührt die Meinung, nach welcher die Worte *in una re* mit *ex eodem facto* für gleichbedeutend geachtet werden, schon von den Glossatoren her (s. Accursius zu l. 53 pr. D. *cit.*). Cujacius hat sie gleichfalls recipirt (s. *Comm. in Tit. Dig. de* O. et A. *ad leg.* 32), und sucht derselben durch Hinweis auf l. 4 D. *de* O. et A.*) eine neue Stütze zu geben: allein diese Stelle enthält nur einen Vergleich der *obligationes ex maleficio* mit den Realcontracten. Auch Donellus §. 18 und die meisten älteren und neueren Schriftsteller halten jene Annahme für nothwendig. —

Der Tadel, den Savigny gegen Paulus wegen der Betonung des *unum factum* ausspricht, hat bei Huschke (S. 181) Widerspruch gefunden. Indessen geht auch Huschke nicht auf das bezeichnete Moment als gemeinsame Grundlage der zusammentreffenden Klagen zurück, sondern supponirt statt der einen Handlung als Vereinigungspunkt ein sg. materiell identisches Rechtsverhältniss. Er leitet dieses

*) (*Gajus lib. 3 Rerum quotidianarum*): *Ex maleficio nascuntur obligationes: veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex injuria: quae omnia unius generis sunt: nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio: cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam verbis et consensu.*

vorzugsweise aus l. 1 §. 22 D. *de tutel. act.* ab: ... *nec enim eadem est obligatio furti ac tutelae, ut quis dicat, plures esse actiones ejusdem facti, sed plures obligationes ..... Factum* hiesse hier das thatsächliche individuelle Rechtsverhältniss, welches der Klage zu Grunde liege, dieselbe materielle Obligation, möge sie sich auch formell als zwei verschieden begründete Rechte darstellen. Wie diese künstliche, dem Ulpian sicher ganz fern liegende Supposition mit den unmittelbar folgenden Worten: *sed plures obligationes* in Einklang zu bringen sei, ist mir nicht begreiflich. Huschke hat übersehen, dass der Ton auf den Worten *plures actiones* liegt, während das *factum* nur nebensächlich als unentbehrliche Voraussetzung in Betracht kommt. Der klare Sinn des citirten Passus ist einfach der, dass die blosse Existenz mehrerer dem Namen nach gesonderter, aus einer Handlung entsprungener Klagen (wie die in l. 1 §. 21 D. *eod.* namhaft gemachten *actiones tutelae* und *rationibus distrahendis*) nicht genüge, um eine ungeschmälerte Ausübung derselben herbeizuführen, sondern dass zu diesem Zwecke getrennte Obligationen vorhanden sein müssten. Hienach erledigt sich auch die folgende Bemerkung Huschke's (S. 182):

„*factum* heisst also (?) nicht die Thatsache, aus der das Rechtsverhältniss entspringt, welches der Klage zu Grunde liegt: es ist ja von dem *factum*, aus dem die Klage herrührt, die Rede."

Ebensowenig darf man die Worte der l. 43 §. 1 D. *de* R. J.: *ejusdem rei nomine* auf ein solches sg. materiell identisches Rechtsverhältniss beziehen wollen.

Zur Stütze seiner Ansicht zieht Huschke ferner die l. 53 pr. D. *de* O. et A. heran. Modestin sage hier Folgendes: „mehrere Delicte (z. B. Injurie und *damnum*) in einem und demselben Rechtsverhältniss, d. h. wenn das Rechtsverhältniss dasselbe ist, erzeugen mehrere Klagen:" dies materiell identische Rechtsverhälltniss nenne er nachher *una obligatio*. Huschke verfällt hier in denselben Fehler, den Savigny bei der Interpretation der l. 53 pr. begangen hat, insofern er die Ausdrücke *in una re* und *ex una obligatione* für gleichbedeutend ansieht. Auch hier ist die Folge, dass der Sinn der Modestinischen Regel wegen der lockeren Begründung des Hauptsatzes bedenklich erscheint.

Da also die Versuche, die Einheit der Handlung als

Grundlage für unsere Lehre aufzugeben, oder statt dessen ein anderes Moment zu substituiren, nicht gelungen scheinen, so müssen wir an dem bezeichneten Requisite auf das Entschiedenste festhalten.

Hinsichtlich der Zahl der bei der Concurrenz und Collision in Betracht kommenden Personen gingen wir Theil I S. 2 davon aus, dass stets ein Beklagter vorausgesetzt werde, sei es, dass er einem Kläger oder wie bei der sg. passiven Concurrenz mehreren Klägern gegenüberstände. Diese Einheit der Personen auf der einen Seite ist ein nothwendiges Bindeglied: es erscheint unrichtig, auch solche Fälle hieher zu ziehen, in denen mehrere Beklagte sich einem Kläger verantwortlich gemacht haben.

Dies ist ebenfalls verkannt worden: jedoch hat dies Verkennen keinen besonderen Nachtheil gehabt, da man sich im Allgemeinen darauf beschränkte, die letztbezeichneten Fälle mit den eigentlichen Concurrenzfällen unter eine gemeinsame Terminologie zu bringen. Man unterschied nemlich eine objective und eine subjective Klagenconcurrenz: objectiv ist die Concurrenz, wenn die mehreren Klagen demselben Kläger gegen denselben Beklagten zustehen: subjectiv, wenn bei einer Vielheit von Klagen activ und passiv eine Vielheit der Subjecte vorhanden ist (s. Thibaut S. 162).

Savigny S. 211 missbilligt die Terminologie objective und subjective Concurrenz, aber nicht aus dem Grunde, den wir dagegen geltend gemacht haben, sondern vielmehr, weil er glaubt, dass für den Einfluss einer Klage auf eine andere der Umstand, ob sich diese Klagen auf verschiedene Personen beziehen, nicht entscheidend sei: unter denselben Personen könne ein Einfluss nicht vorhanden sein, während ein solcher bei verschiedenen Personen sich möglicherweise finde. Diese Aeusserung steht mit der schon erwähnten Ansicht Savigny's im Zusammenhange, dass es lediglich auf die Beschaffenheit des juristischen Gegenstandes oder Zweckes der Klagen ankomme. Demgemäss zieht er auch die Solidarobligationen hieher, welche wir von unserem Standpunkte schon deswegen nicht zur Concurrenz und Collision rechnen können, weil bei ihnen grossentheils eine Mehrheit von Handlungen vorausgesetzt wird. Denn wenn z. B. mehrere Personen gemeinsam ein Delict verübt haben, so kann zwar der Schadenersatz nur einmal eingetrieben werden, aber es

lässt sich für jeden der Theilnehmer eine besondere Handlung nachweisen. Ist dagegen mehreren Personen eine Sache als Commodat oder Depositum anvertraut worden, so liegt zwar eine Handlung vor: allein es fehlt für die einzelnen Klagen die innere Verbindung.

Ausser dem Vereinigungspunkte, welcher in der Stellung der Personen und in der Identität der Handlung liegt, haben Concurrenz und Collision die gemeinsame Grundlage einer Mehrheit von Obligationen oder Verpflichtungsgründen.

Dieses wichtige Moment ist, so viel mir bekannt, nirgends in gehöriger Weise zur Geltung gebracht worden: in Folge dessen hat man irrig die Lehren von der prozessualischen Consumtion und den Correalobligationen in unsere Materie hineingemischt.

Die prozessualische Consumtion beruht auf der Identität der Obligation: nur dann kann eine Klage durch die andere consumirt werden, wenn sich beide auf dieselbe Obligation zurückführen lassen. Ist aber bei zwei Klagen eine solche gemeinsame Voraussetzung nicht nachzuweisen, dann findet keine Consumtion statt, auch wenn beide auf denselben Gegenstand gerichtet sind. Vergl. l. 18 D. *de* O. et A. *(Julianus lib.* 54 *Dig.)*:

Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres extiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur, si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem: et contra, si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit, quia initio constiterint hae duae obligationes, ut altera in judicium deducta nihilominus integra remaneret.

Da nun auch bei collidirenden Klagen eine Mehrheit von Obligationen nachzuweisen ist (s. Theil I S. 12 ff.), so steht schon dieser Umstand allen Versuchen, die Idee der prozessualischen Consumtion mit der Collision in Verbindung zu bringen entgegen, abgesehen davon, dass die Collision der einen Klage erst dann vor sich geht, wenn die Befriedigung auf die andere erfolgt ist. Im schroffen Gegensatz zu diesen Verhältnissen tritt die prozessualische Consumtion bereits mit dem Moment der Litiscontestation ein, und hat, wie schon bemerkt, stets nur eine, nicht mehrere Obligationen zur Voraussetzung.

Die Schriftsteller, welche sich bestrebten, die prozessualische Consumtion für die Lehre von der Collision (denn bei

der eigentlichen Concurrenz wird ja keine Klage aufgehoben) nutzbar zu machen, haben dabei verschiedene Wege eingeschlagen.

Am weitesten ist hier wohl Kleinschrod gegangen, welcher S. 10 bei der Concurrenz, oder vielmehr der Collision (denn Kleinschrod hat sich die S. 64 und 65 beurtheilte Terminologie Savigny's angeeignet) einmal die Identität des Rechtsverhältnisses, sodann die Identität des Anspruchs als maassgebendes Element ansieht. In erster Beziehung liege den mehreren Klagen nur eine Obligation zu Grunde — eine Behauptung, die durch jedes in Theil I benutzte einschlagende Quellenzeugniss widerlegt wird. Eine Consequenz dieses Irrthums ist dann die S. 45 ausgesprochene Meinung, dass vor dem Wegfallen des Grundsatzes der prozessualischen Consumtion die Lehre von der Concurrenz der Klagen vollständig in die von der prozessualischen Consumtion gefallen sei.

Auch Buchka (die Lehre vom Einfluss des Prozesses auf das materielle Recht Theil I S. 61—95) weiset der prozessualischen Consumtion bei der vorliegenden Materie eine einflussreiche Stellung an. Mit vieler Genauigkeit erörtert er von jenem Standpunkt aus die einzelnen relevanten Stellen. Seine Interpretationen zeigen aber recht deutlich, dass er sich auf ein falsches Kriterium stützt: denn er macht gar oft die gewaltsamsten Suppositionen, stösst vielfach auf Zweifel, und wird sogar hin und wieder an den Römischen Juristen irre. Bei richtiger Anschauung löset sich Alles befriedigend, so dass eine specielle Widerlegung von Buchka's Ansichten überflüssig erscheint.

Weniger bestimmt drückt sich Savigny aus, welcher S. 209 die Meinung äussert, dass die Lehre von der prozessualischen Consumtion in die Concurrenz der Klagen „mit hineingespielt" habe, und dass in Folge dessen unter den alten Juristen selbst grosse Controversen entstanden wären. Die Compilatoren, welche darauf ausgegangen wären, die Spuren der Consumtion und jener Controversen zu vertilgen, hätten manche Interpolationen vorgenommen, woraus es sich erkläre, dass die Exegese in dieser Lehre oft nicht ganz befriedigende Resultate liefere.

Keller (über Litiscontestation und Urtheil S. 482) hat zwar richtig erkannt, dass sowohl in Concurrenz- als in

Collisions-Fällen keine Identität der Obligation vorliege: aber er hält dennoch dafür, dass die Consumtion ein wesentliches Element der Lehre sei. Wie sich dies im Einzelnen gestaltet habe, glaubt er wegen der Mangelhaftigkeit unserer Quellen nicht mit Sicherheit entscheiden zu können. Uebrigens legt sowohl er wie Savigny dem Umstande, dass in manchen hieher gehörenden Stellen der Ausdruck *consumi* oder *consumere* steht, mit Recht kein Gewicht bei.

Ohne Zweifel würde man sich aller Versuche betreffend die Herbeiziehung der prozessualischen Consumtion enthalten haben, wenn man eine Stelle gehörig beachtet hätte, in welcher das Verhältniss dieses Instituts zu der Concurrenz klar bestimmt wird. Diese Stelle ist l. 1 §. 21 u. 22 D. *de tutel. act.* Im §. 21 wird offenbar wegen der Identität der Obligation die *actio tutelae* durch die Anstellung der *actio rationibus distrahendis* consumirt und umgekehrt. Im Gegensatz dazu wird dann in §. 22 die *actio furti* mit der *actio tutelae* als concurrirend dargestellt, weil hier eben *plures obligationes* vorliegen *(nec enim eadem est obligatio furti ac tutelae)*, wie oben bei dem *auferre* des Tutor die *obligatio tutelae* die einzige war. Da nun auch in den Collisionsfällen sich mehrere getrennte Verpflichtungsgründe nachweisen lassen, so ist folgeweise nach §. 22 die Stellung der prozessualischen Consumtion zur Collision zu bestimmen. Dass aber §. 21 nicht auf die Collision bezogen werden darf, erhellt aus der Anwendung des Ausdrucks *agi non potest*, während die collidirenden Klagen dem Rechte nach durchaus zuständig sind.

Uebrigens haben neuere Schriftsteller die l. 1 §. 21 D. *de tutel. act.* richtig aus der prozessualischen Consumtion erklärt, so Ribbentrop Zur Lehre von den Correalobligationen S. 56–58. Indessen kann ihm nicht beigestimmt werden, wenn er sagt, dass die *actio rationibus distrahendis* „gewissermassen weiter nichts" sei, als die *actio tutelae*, welche im Falle einer Unterschlagung auf das Doppelte angestellt werden könne. Vielmehr sind die Worte: *in tutela ex una obligatione duas esse actiones constat* so zu verstehen, dass die beiden bezeichneten Klagen insofern auf einer Obligation beruhten, als das blosse *auferre*, welches die Voraussetzung der *actio rationibus distrahendis* bildet, nicht, wie das *intercipere* ein besonderes Delict ist.

Auch Savigny S. 219 Note e bezieht die citirte l. 1 §. 21

auf die prozessualische Consumtion, glaubt jedoch, dass im Justinianischen Rechte zu der Anstellung der Klage auch der Erfolg hinzugedacht werden müsse. Dies unterliegt keinem Zweifel; allein ungeachtet dieser Annahme ist es unzulässig, aus der gedachten Stelle einen Collisionsfall (nach Savigny's Ausdrucksweise einen Concurrenzfall) abzuleiten, da nur eine der beiden Klagen als zuständig dargestellt wird.

Die älteren Juristen, denen die Idee der prozessualischen Consumtion unbekannt war, mussten die l. 1 §. 21 *de tutel. act.* missverstehen. Besonders hat Thibaut S. 198 eine Reihe von Bedenken gegen den Inhalt der Stelle: schliesslich tröstet er sich mit der Bemerkung, dass die Entscheidungsgründe der Classiker bei weitem nicht so richtig seien, und dass namentlich Ulpian in der Ableitung positiver Sätze schwach gewesen wäre.

Nach Maassgabe der prozessualischen Consumtion ist ferner die l. 9 §. 1 D. *de tribut. act.* zu erklären, welche wir gleich der l. 1 §. 21 D. *de tutel. act.* Theil I S. 11 aus dem Gebiete der Concurrenz und Collision ausgeschieden haben. Der Umstand, welcher dazu Veranlassung gab, dass nemlich den beiden Klagen, der *actio de peculio* und *actio tributoria* nur eine Obligation zu Grunde liege, scheint gerade geeignet, die l. 9 §. 1 als Ausfluss jenes Rechtsinstituts zu betrachten.

Keller Litiscontestation S. 434 giebt zwar zu, dass zwischen der *actio tributoria* und *de peculio* prozessualische Consumtion stattfinde, ohne jedoch die Identität der Obligation als Grund dafür geltend zu machen. Kleinschrod S. 41 geht von dem nicht bewiesenen Principe aus, dass bei dem Zusammentreffen mehrerer *actiones adjectitiae qualitatis* die Identität der Obligation nicht im Wege stehe, nach der ersten Klage die andere auf den Mehrbetrag zu gebrauchen. Von diesem Principe mache die l. 9 §. 1 eine Ausnahme. Die Versuche, diese Ausnahme zu begründen, sind ebenso verfehlt, als das von Kleinschrod angenommene Princip haltlos ist.

Von den älteren Schriftstellern hat Donellus §. 9 durch die Annahme zu helfen gesucht, dass die erste Klage bereits durchgesetzt worden sei: und Thibaut S. 173 glaubt, dass nur unter dieser Voraussetzung die l. 9 §. 1 mit den richtigen Grundsätzen zu vereinigen sei. Beziehe man die Stelle auf die blosse Wahl, so sei sie unerklärbar, wie auch die Glosse und Cujacius (*Resp. Papin.* L. VII *ad* l. 26 §. *variis de leg.* 2)

anerkannt hätten. Als letztes Auskunftsmittel wählt er, auf die Controversen der Römischen Juristen hinzuweisen. —

Wenn sich nach dem Obigen die Einmischung der prozessualischen Consumtion in unsere Lehre als unhaltbar darstellt, so kann auch das Herbeiziehen der Correalobligationen unmöglich gebilligt werden.

Es leidet keinen Zweifel, dass bei der Correalobligation ungeachtet der Mehrheit von Subjecten nur eine einzige Obligation existirt, worüber die l. 3 §. 1 D. *de duob. reis (Ulp. lib. 47 ad Sabinum)* Auskunft giebt:

Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti, hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus, possitque ab alterutro peti: et partes autem a singulis peti posse, nequaquam dubium est, quemadmodum et a reo et fidejussore petere possumus: utique enim, quum una sit obligatio, una et summa est, ut, sive unus solvat, omnes liberentur, sive uni solvatur ab altero, liberatio contingat.

Gerade umgekehrt haben Concurrenz und Collision eine Mehrheit von Obligationen zur gemeinsamen Grundlage. Dass aber diejenigen Schriftsteller, welche die prozessualische Consumtion als ein Element der Collision ansahen, auch die Correalverhältnisse zu derselben in Beziehung gebracht haben, ist von ihrem Standpunkte aus ganz consequent. So citirt Savigny im Eingange seiner Darstellung S. 205 das Ribbentropsche Werk über die Correalobligationen mit der Bemerkung:

„gehört nur theilweise und indirect hieher: ist aber für die richtige Behandlung der Lehre von grosser Wichtigkeit."

Diese etwas unbestimmt gehaltene Aeusserung specialisirt er dann im Folgenden, indem er S. 220 sagt, dass bei einer Identität der Obligation, wo eine und dieselbe Obligation mehrere Gläubiger und Schuldner zugleich umfasse, die Concurrenz sich reiner und entschiedener darstelle, als wenn sie zwischen denselben Personen stattfinde. Auch Kleinschrod behandelt S. 37 u. ff. die Correalverhältnisse als einen ganz regulairen Bestandtheil unserer Materie.

Dies sind die Folgen des Umstandes, dass das Requisit der *plures obligationes* für die Concurrenz und Collision übersehen wurde. Eben daraus ist es zu erklären, dass die Aeusserungen der Quellen, welche den Gebrauch mehrerer Klagen *ex una obligatione* ausschliessen, missverstanden wurden. Neben

der eben beleuchteten l. 1 §. 21 *de tutel. act.* ist hier namentlich die gleichfalls erwähnte (s. S. 66 f.) l. 53 pr. D. *de* O. et A. zu nennen.

Dass Savigny die Worte *ex una obligatione* von der obligationserzeugenden Handlung, Huschke von dem sg. materiell identischen Rechtsverhältnisse versteht, ist bereits bemerkt worden (s. S. 66 u. 68). Gleich diesen haben auch andere Schriftsteller mit Unrecht von der nächstliegenden Bedeutung des Wortes *obligatio* abstrahirt. So fasst die Glosse *obligatio* als Contract, und Accursius giebt dazu das Beispiel: „*ut contra procuratorem meum habeo mandati (actionem) et certi condictionem.*“ Ebenso Cujacius (*Comm. in Tit. Dig. de* O. et A. *ad* l. 32), indem er ausser dem Contract auch den Quasicontract unter *obligatio* versteht und zur Erklärung auf l. 6 D. *de rescind. vend.*, l. 9 §. 1 D. *de* R. C. und l. 2 §. 1 C. *de pactis int. emt.* verweiset. Donellus §. 6 denkt an das Zusammentreffen der *actio commodati* und *condictio furtiva*, wiewohl sich gerade hier besondere Verpflichtungsgründe erkennen lassen.

Indem also der richtige Sinn des Passus der l. 53 pr. D. *de* O. et A.: *nam si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo non omnibus utendum est*, verkannt wurde, zog man neben den Fällen, welche aus der prozessualischen Consumtion zu erklären sind, auch solche hinein, in denen zwar ungeachtet der Verschiedenheit der Klagen eine *obligatio* vorliegt, jenes Kriterium aber nicht anwendbar erscheint. Dies gilt vorzüglich von dem Verhältniss der *actio furti* zur *actio vi bonorum raptorum*. Beiden Klagen liegt nach dem ausdrücklichen Zeugniss von Gajus III §. 209 (s. Theil I S. 8 Note 1) nur ein Delict, also nur eine Obligation zu Grunde, in Folge dessen in l. 1 D. *vi bonor. rapt.* und l. 88 D. *de furtis* von vorne herein die Zulässigkeit der *actio vi bonorum raptorum* neben der *actio furti (manifesti)* in Abrede gestellt wird. Wegen der Existenz der einen Obligation könnte hier die Norm der prozessualischen Consumtion Platz greifen: allein der Prätor hat ohne Rücksicht darauf das Verhältniss der beiden Klagen auf eigene Hand regulirt, indem er nach Durchführung der *actio furti* die *actio vi bonorum raptorum* noch auf das Duplum anstellen liess, was mit den Grundsätzen der prozessualischen Concurrenz nicht verträglich erscheint.

Es ist aber geradezu unrichtig, wenn Savigny S. 240 sagt:

„wenn eine Sache geraubt wird, so liegt darin ein zweifaches Delict, Raub und Diebstahl."

Die anderen Schriftsteller legen auf diesen Umstand gar kein Gewicht, und sprechen sich weder in dem einen noch in dem anderen Sinne aus: ich wüsste Niemanden, der die l. 88 D. *de furtis* und l. 1 D. *vi bonor. rapt.* mit Bewusstsein von der vorliegenden Lehre ausgeschieden hätte. Damit hängt zusammen, dass ganz allgemein die Gestattung des Mehrbetrages der *actio vi bonorum raptorum* nach angestellter *actio furti* den Reductionsfällen der l. 34 pr. D. *de* O. et A. u. l. 1 D. *arb. furt. caes.* beigezählt wird (s. z. B. Cujacius *Comm. in Tit. Dig. de* R. J. *ad* l. 130, Vangerow Pandekten III S. 63), obwohl die in Theil I §. 5 aufgestellten Voraussetzungen der Reduction keineswegs zutreffen.

Was die auf denselben Fall bezügliche l. 2 §. 10 D. *vi bonor. rapt.* betrifft, so hat Savigny, der, wie gesagt, bei einem *furtum manifestum* zwei Delicte annimmt, sie nicht richtig aufgefasst. Er umschreibt die Anfangsworte dieser Stelle: *ceterum neque furti actio neque legis Aquiliae actio contributae sunt in hoc Edicto,* S. 244 Note z in folgender Weise: „ihre Strafen gelten noch ausser der durch dieses Delict bestimmten Strafe." Gegen diese gewiss unzulässige Interpretation hat sich Huschke S. 195 erklärt. Er legt die l. 2 §. 10 unter Zustimmung von Rudorff (in Puchta's Pandekten-Vorlesungen 4te Auflage §. 87 Anm.) so aus:

„weder die eine noch die andere der beiden Klagen geht in diesem Edict ganz auf, so dass dessen Klagen gleichsam aus den Beträgen jener beiden bestände, sondern dass sie nur mitunter mit den Voraussetzungen des Edicts concurriren."

So scharfsinnig auch diese Erklärung ist, so dürfte sie sich doch mit der gewöhnlichen Bedeutung von *contribuere* nicht vereinigen lassen. Der Fassung der Stelle nach geht *contribuere* offenbar auf eine Thätigkeit des Prätors. Der Prätor hat die betreffenden Klagen nicht in das Edict aufgenommen, wiewohl statt der *actio vi bonorum raptorum* auch die *actio legis Aquiliae* und die *actio furti* gewählt werden kann und unter Umständen der Mehrbetrag der ersten nach der *actio furti* zugesprochen wird (s. Theil I S. 8 u. 9). —

Blicken wir zurück, so hat sich gezeigt, dass aus dem Ignoriren der *plures obligationes* bei der Concurrenz und Collision nicht unerhebliche dogmatische und exegetische Irrthü-

mer entstanden sind. Eine weitere Folge jenes Verkennens ist die, dass man die *exceptio rei judicatae* mit der Collision in Verbindung gebracht hat.

Ueber die *exceptio rei judicatae* wird in l. 3 D. *de exc. rei judic. (Ulp. lib.* 15 *ad Edictum)* Folgendes gesagt:

Julianus libro tertio Digestorum respondit, exceptionem rei judicatae obstare, quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur (s. auch l. 7 §. 4 D. *eod.*).

Genaueres enthalten die combinirten Stellen l. 12, l. 13, l. 14 pr. D. *eod.*, welche theils aus dem 70ten Buche des Paulinischen, theils aus dem 75ten Buche des Ulpianischen Edictscommentares herstammen:

Quum quaeritur, haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est, an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus, et an eadem causa petendi et eadem conditio personarum, quae nisi omnia concurrant, alia res est.

Der Beklagte ist nicht nur in Concurrenz-, sondern auch in Collisionsfällen mehrfach obligirt: diesen mehrfachen Verpflichtungen correspondiren mehrere Berechtigungen des Klägers: demnach kann unter keinen Umständen gesagt werden, dass den concurrirenden und collidirenden Klagen *idem jus* zu Grunde liege. Nehmen wir den so häufig vorkommenden Fall von dem Zusammentreffen der *actio legis Aquiliae* mit einer Contractsklage, z. B. der *actio locati*, so ist die Verschiedenheit der Berechtigungen ersichtlich: die erste Klage fasst die Beschädigung als ein aussercontractliches Moment auf, während sie bei der zweiten unter den Gesichtspunkt einer Vertragsverletzung fällt. Wenn also die *actio legis Aquiliae* abgeurtheilt worden ist, so darf der *actio locati* schon deswegen die *exceptio rei judicatae* nicht entgegengestellt werden, weil keine Identität des Rechts vorhanden ist.

Wir haben sogar ein Quellenzeugniss, in welchem die Beziehung der *exceptio rei judicatae* zur Concurrenz (und damit auch zur Collision) ausdrücklich abgewiesen wird. Ulpian sagt nemlich in l. 15 §. 46 D. *de injur. (lib.* 77 *ad Edictum)*:

Si quis servo verberato injuriarum egerit, deinde postea damni injuriae agat, Labeo scribit, eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineat, altera ad contumeliam.

Der Ausdruck *eadem res non est* ist ersichtlich gleichbe-

deutend mit den Worten *alia res est* in l. 14 pr. D. *de exc. rei. jud.* Er soll andeuten, dass wegen der Verschiedenheit der Obligationen die Aburtheilung des einen Prozesses auf den anderen keinen Einfluss äussern könne.

Bei dem klaren Inhalte der l. 15 §. 46 D. *de injuriis* kann auch aus l. 27 §. 11 D. *ad leg. Aquil.* nicht geschlossen werden, dass aus dem Judicate, welches einen Rechtsstreit beendigt hat, die gedachte *exceptio* gegen die Anstellung der anderen Klage hergeleitet werden könne. Vielmehr soll der Passus: *et si uno judicio res esset judicata, altero amplius non agendum* nur anzeigen, dass die Durchführung der ersten Klage bis zur Sentenz gleich der erlangten Befriedigung die Collision hinsichts der folgenden Klage horvorrufe. Endlich ist auch noch darauf Gewicht zu legen, dass weder in irgend einem hieher gehörenden Quellenstücke die *exceptio rei judicatae* als maassgebendes Element erwähnt wird, noch in dem Digestentitel *de exceptione rei judicatae* sich die leiseste Hindeutung auf unsere Lehre findet. Dennoch haben einige Schriftsteller, namentlich Thibaut S. 150—160 und Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts I, S. 241 ff., die Lehre von der Rechtskraft mit der Concurrenz und Collision in Verbindung gebracht. Nach den obigen Auseinandersetzungen kann dies nicht blos mit Savigny S. 214 als unzweckmässig, sondern muss vielmehr als falsch bezeichnet werden.

Sowie wir also im Allgemeinen die Einmischung der *exceptio rei judicatae* zurückweisen müssen, so wird unter Umständen doch ein Einfluss derselben auf mehrere unter sich in Beziehung stehende Klagen sichtbar. Wenn nemlich ein Delict neben der Pönalklage auch eine reipersecutorische Klage erzeugt (z. B. das *furtum* die *actio furti* und die *condictio furtiva*), und in dem einen dieser Prozesse der Richter den Kläger abweiset, weil das behauptete Delict nicht verübt worden sei, so muss allerdings angenommen werden, dass der anderen Klage die *exceptio rei judicatae* entgegenstehe. Denn indem das gemeinsame Factum negirt wird, kann weder die eine noch die andere der mehreren Klagen zur Geltung gebracht werden. Vergl. Keller Litiscontestation S. 280 f. und Savigny System Band 6, S. 452. Dieser Fall darf aber nicht Anlass bieten, die *exceptio rei judicatae* stets als einen wesentlichen Bestandtheil der Concurrenz und Collision zu betrachten.

§. 4.

Concurrenz der Pönalklagen.

Bis jetzt haben wir die Meinungen der Schriftsteller erörtert, soweit sie sich auf die juristische Construction der Lehre im Allgemeinen bezogen: nunmehr wollen wir untersuchen, welche Principien für die Anwendung der Concurrenz und Collision von den Rechtslehrern aufgestellt worden sind.

Zunächst soll der Fall in's Auge gefasst werden, wenn auf Grund einer Handlung mehrere Pönalklagen entstanden sind. Diese Frage hat sogar eine besondere Literatur: s. darüber die Angaben von Vangerow Pandekten III, S. 55, denen hinzuzufügen ist: *Wafelaer de concursu delictorum. Leodii* 1823.

Ich habe Theil I S. 25 zu zeigen versucht, dass die Römischen Juristen über den beregten Punkt zum grössten Theil einig waren: die meisten statuirten vollständige Concurrenz, nur wenige sahen die mehreren Pönalklagen als collidirend an. Auf diese letzteren Dissentienten weiset Paulus in l. 34 pr. D. *de* O. et A. hin: *sed quidam altera electa alteram (actionem poenalem) consumi (putant).*

Mit Rücksicht auf diese Notiz ist über die Beschaffenheit und den Umfang der unter den Römischen Juristen verhandelten Differenzen eine Reihe abweichender Doctrinen entstanden. Auf die Bildung derselben hat namentlich ein nicht unerheblicher Irrthum Einfluss geäussert.

Dieser Irrthum besteht darin, das fast ganz allgemein die Grundregel über die Concurrenz der Pönalklagen mit einer Modification derselben verwechselt wurde. In l. 34 pr D. *de* O. et A. spricht sich Paulus in Uebereinstimmung mit den meisten Römischen Juristen dahin aus, dass an und für sich die mehreren Pönalklagen neben einander ohne Beschränkung zur Geltung kommen müssen: *et ideo possunt utrae competere*, sagt er zunächst von der *actio legis Aquiliae* und der *actio injuriarum*, aber unzweifelhaft mit Beziehung auf alle Fälle, in denen sich bei Pönalklagen getrennte Obligationen unterscheiden lassen. Dieses im Eingange dargelegte Princip modificirt er im weiteren Verlaufe dahin, dass vermittelst prätorischer Anordnung statt einer ungeschmälerten Durchsetzung beider Klagen nur der Mehrbetrag der zweiten Klage gewährt werden solle. Die meisten

Rechtslehrer haben aber geglaubt, dass in diesem von mir so genannten Reductionsvorschlage sich eine besondere principiell abweichende Meinung des Paulus darstelle, s. z. B. Keller Litiscontestation S. 486—88, Savigny S. 238 und Vangerow Pandekten III, S. 60—62.

Zwar ist nicht in Abrede zu stellen, dass in dem Reductionssysteme sich ein bestimmtes Princip offenbart, welches auch von weitreichender thatsächlicher Bedeutung ist: allein Paulus ordnet dies Moment der von ihm an die Spitze gestellten Regel unter, und ist weit entfernt, sich direct gegen dieselbe zu erklären. So erscheint denn für die beleuchtete Ansicht des Paulus mit Rücksicht auf die von ihm ausgesprochene Anerkennung der allgemeinen Norm die Bezeichnung als Modification am passendsten.

Die zweite Stelle, welche diese Modification, nach den Andern die abweichende Grundansicht des Paulus vorträgt, ist die l. 41 §. 1 D. *de* O. et A. Nach der Inscription (*lib.* 22 *ad Edictum*, womit l. 11 D. *arb. furt. caes.* zu verbinden ist) kann es keinem Zweifel unterliegen, dass hier ebensowie in l. 34 pr. D. *cit.* lediglich Pönalklagen vorausgesetzt werden. Mit Vernachlässiguug dieser durch die Inscription dargebotenen Aufschlüsse leitet Savigny S. 222 ff. aus der l. 41 §. 1 ein allgemeines Princip für Entschädigungsklagen ab. Er meint ferner, dass eine solche partielle Concurrenz verständigerweise nur bei Entschädigungsklagen angewendet werden könne und tadelt deshalb den Paulus, weil er sie unpassend in l. 34 pr. D. *de* O. et A. und in l. 1 D. *arb. furt. caes.* auf Pönalklagen bezogen habe. Dieser Tadel muss dann *implicite* auch gegen Trebatius gelten, welchen Paulus in l. 1 D. *arb. furt. caes.* als Gewährsmann für seine Ansicht aufführt. Savigny sieht diesen angeblichen Irrthum als die „üble Folge" des von Paulus in der l. 41 §. 1 aufgestellten unrichtigen Gesichtspunktes an, wonach er auf die Einheit des Factum, *(si ex eodem facto duae competant actiones)* Gewicht lege.

Auch für Buchka Einfluss des Prozesses I, S. 82 ist die l. 41 §. 1 D. *de* O. et A. ein Stein des Anstosses. Er sieht in ihr einen Beleg dafür, wie wenig die Römischen Juristen geeignet waren, aus der reichen Fülle ihrer concreten Rechtsanschauungen abstracte und allgemeine Regeln zu bilden. Da in anderen Stellen z. B. in l. 14 §. 1 D. *de praesc. verb.* von einer derartigen Beschränkung der Klagerechte, wie sie

l. 41 §. 1 ausspreché, nicht die Rede sei, so meint Buchka ferner, dass Paulus sich selbst Unrecht thun würde, wenn man das erwähnte Fragment im wörtlichen Sinne nehme. Eine Interpretation, die sich so direct gegen die klaren Worte auflehnt, verdient eigentlich keine Beachtung.

Hinsichtlich des Textes der l. 41 §. 1 D. *de* O. et A. ist zu bemerken, dass die von mir Theil I S. 46 benutzte Emendation, nach welcher statt des handschriftlichen *id: nihil* gesetzt wird, von Cujacius (Obs. 3, 25) herrührt. Pagenstecher (*Admonit. ad Pand P.* 6 §. 289 schlägt vor zu lesen *id non sequatur*, oder *id non consequatur*. Der Cujacischen Correctur, weche den meisten Beifall gefunden hat (s. auch die Angaben bei Schulting et Smallenburg *ad* l. 41 §. 1 D. *de* O. et A. tom. VI p. 673), giebt Huschke S. 180 aus diplomatischen Gründen den Vorzug. Jedenfalls ist man aber jetzt darüber einig, dass die Negation im Schlusssatze nicht entbehrt werden könne: wird die Lesart *id consequatur* festgehalten, so entsteht, um mit Thibaut S. 194 zu reden, eine reine Ungereimtheit oder wenigstens ein tolle Paradoxie, sofern das Nachklagen auch auf die concurrente Summe, welche schon durch die andere Klage erhalten war, statt finden solle. Die älteren Versuche, die handschriftliche Lesart zu retten, sind ganz missglückt, so dass es unnöthig erscheint, von ihnen besonders Notiz zu nehmen.

Dies über den Text: im Folgenden noch einige Bemerkungen über die prozessualische Seite der l. 41 §. 1 D. *de* O. et A. Huschke S. 180 meint, dass man die Ausdrücke *postea judicis potius partes esse* noch nicht beachtet habe. „Sie deuten auf den Gegensatz, dass in andern Fällen es nicht des Prätor sei, zu Anfang des Prozesses dafür zu sorgen, dass dasselbe Resultat erreicht werde, wovon Paulus in dem, was Tribonian zwischen dem pr. und §. 1 gestrichen hat, gesprochen haben muss.“ Er verweiset dabei auch auf l. 34 pr. D. *eod. sed et haec sententia per Praetorem inhibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur.* Indessen ist Huschke entgangen, dass in l. 34 pr. ein Fall vorliegt, wie ihn l. 41 §. 1 nach Ausweis der Inscription voraussetzt. In beiden Fällen ist es Sache des Prätor, auf die Reduction hinzuwirken, und er kommt dem nach durch Autorisirung des *judex:* der *judex* ist nur das Organ, durch welches jene Procedur herbeigeführt wird, s. l. 1 D. *arb. furt. caes.*

Diese eben citirte Stelle widerspricht auch der Meinung von Keller Litiscontestation S. 488, welcher behauptet, dass die von Paulus empfohlene Reduction in l. 34 pr. D. *de* O. et A. durch *denegatio actionis* zur Geltung gebracht werde. Es heisst ja ausdrücklich in l. 1 *cit.: ita utramque (actionem) dandam, ut etc:* woraus wir ersehen, dass sämmtliche Rechtsmittel eingeräumt wurden. Darauf, ob der Sachverhalt unbestritten war, kam es nicht an. Eben so wenig ist zu erweisen, wenn Keller ferner meint, dass die Reduction mittelst einer *exceptio doli* oder *in factum* realisirt worden sei.

Zu dieser exegetischen Digression wurden wir veranlasst in Folge der Wahrnehmung, dass die in l. 34 pr. und l. 41 §. 1 D. *de* O. et A. enthaltene Modification von mehreren Schriftstellern mit dem regulairen Principe verwechselt worden. Wie sich zeigen wird, hat diese Verwechselung auf die Art, wie man die Lehre der Römischen Juristen über die Stellung mehrerer Pönalklagen zu einander auffasste, influirt.

Die verschiedenen Ansichten, welche diesen Punkt betreffen, lassen sich in zwei Categorien bringen. Einerseits werden in den Quellen unlösbare Widersprüche angenommen: andrerseits zeigt sich das Bestreben, die sich entgegenstehenden Stellen in Einklang zu bringen.

Wir betrachten die erste Categorie. Hier ist vorzugsweise Savigny zu nennen, welcher S. 238 drei verschiedene Meinungen annimmt, von denen sich in der Justinianischen Compilation positive Anwendungen fänden.

1) Die Meinung von Modestin, welcher zwischen den mehreren Pönalklagen Collision statuire.

2) Die Meinung von Paulus, welcher partielle Concurrenz gestatte.

3) Die Meinung von Ulpian, Papinian und Hermogenian, welche den ungeschmälerten Gebrauch aller Klagen befürworteten.

Savigny hält die letztere Meinung für die allein consequente, da jede *poena* als ein besonderes juristisches Object anzusehen sei. Die Dissentienten Modestin und Paulus sollen in nicht weniger als vier Punkten erheblich geirrt haben.

1) Hätten sie die ganz verwerfliche Verwechselung des gleichen materiellen Enstehungsgrundes mit dem gleichen Gegenstande der Klagen begangen.

2) Wären sie dadurch verleitet worden, für diesen Fall eine prozessualische Consumtion anzunehmen, die in der That nicht begründet sei.

3) Wären sie getäuscht worden durch die scheinbare Aehnlichkeit des Verhältnisses, worin mehrere Strafklagen zu einander ständen, mit mehreren Entschädigungsklagen.

4) Wären sie getäuscht worden durch die allerdings zweideutige Natur der gemischten Strafklagen, deren beide Bestandtheile jedoch stets mit Sicherheit unterschieden werden könnten.

Gegen die erste und dritte Anklage haben wir den Paulus und Modestin bereits in Schutz genommen (s. S. 66 ff. S. 80): dass die zweite gleichfalls nicht zutreffend ist, soll später gezeigt werden: die vierte hat Savigny selbst nicht genauer motivirt, so dass wir von derselben absehen können.

Modestin's Meinung leitet Savigny aus l. 53 pr. D. *de* O. et A. ab, gestützt darauf, dass die Ausdrücke *in una re* und *ex una obligatione* auf die gemeinsame Handlung zu beziehen sei. Gesetzt aber auch, dass diese Annahmen, welche ich S. 66 bestritten habe, möglich wären, so könnte doch Modestin nicht als principieller Gegner der Concurrenz der Pönalklagen angesehen werden. Er sagt ja: *plura delicta in una re plures admittunt actiones:* erst in zweiter Linie wird die durch die Jurisprudenz eingeführte Abänderung erwähnt. Insofern kann man auch den Modestin nicht zu den Dissentienten zählen, auf welche Paulus in l. 34 pr. D. *de* O. et A. *(sed quidam altera electa alteram consumi)* hinweiset. Ich vermag ferner Savigny darin nicht beizustimmen, dass in dem eben erwähnten Satze die prozessualische Consumtion als Entscheidungsgrund angeführt werde.

Erstens hat Savigny selbst S. 242 u. 43 zugegeben, dass der Ausdruck *consumi* nicht immer die prozessualische Consumtion, sondern auch die Tilgung der zweiten Klage in Folge der auf die erste Klage erlangten Befriedigung bezeichnet (wie dies z. B. in l. 14 §. 13 D. *quod metus* und l. 7 §. 1 D. *de cond. furt.* der Fall ist): sodann dürfen wir nicht annehmen, dass die Römischen Juristen, welche Paulus als Anhänger der von ihm verworfenen Meinung darstellt, die Grundbedingung der prozessualischen Consumtion, die Identität der Obligation vernachlässigt hätten: denn in dem Beispiele der l. 34 pr. D. *de* O. et A. findet sich eine Mehrheit von Obligationen vor.

Soviel über die dem Modestin zugeschriebene Meinung.

Dass Paulus, indem er von der zweiten Pönalklage nur den Mehrbetrag gewähren will, nicht eine abweichende Lehre aufstellt, habe ich S. 79 ff. entwickelt: damit fällt also der zweite Punkt der Savignyschen Relation der römischen Doctrinen weg.

Belege der dritten Meinung findet Savigny in l. 6 pr. D. *ad leg. Jul. de adult.* von Papinian, und sodann auch in l. 60 D. *de* O. et A. und l. 130 D. *de* R. J. von Ulpian. Wir wollen sehen, in welcher Weise Savigny die beiden letzten Stellen interpretirt. Ueber l. 60 spricht er sich S. 241 folgendermassen aus:

„In dieser Stelle liegt der entschiedenste Widerspruch gegen die Meinung des Paulus über das *amplius*. Denn wenn die mehreren Strafklagen auf *eadem pecunia* (gleiche Summe) gehen, so muss jede derselben durch den Gebrauch der andern nach Paulus völlig ausgeschlossen werden."

Diese Bemerkung ist wiederum ein Ausfluss jener oben dargestellten Verwechselung des Princips mit der Modification. Niemand kann die Grundregel, dass Pönalklagen ohne Rücksicht auf ihre factischen Beträge mit einander concurriren, deutlicher hervorheben, als Paulus im Eingange der l. 34 pr. D. *de* O. et A. Insofern bedurfte es gar keines entschiedenen Widerspruchs gegen das von Paulus vorgeschlagene Reductionssystem, da Paulus sich gegen das Princip als solches nicht auflehnt. Wenn nun ferner auch der Paulinische Vorschlag möglicher Weise zu dem Resultate führt, dass die zweite Strafklage keinen Erfolg hat (wenn sie im Vergleich zu der ersten Klage einen gleichen oder geringeren Inhalt darbietet s. l. 41 §. 1 in f. D. *de* O. et A.), so würde Paulus dies nie als eine Consumtion weder im prozessualischen noch im materiellen Sinne (Collision) bezeichnet haben. Aus diesen Gründen kann die kurze Regel Ulpian's: *nunquam actiones de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit* nicht gegen Paulus gerichtet sein, ohne dass etwas darauf ankommt, dass allerdings Ulpian von dem Reductionssysteme keine Anwendung macht.

Göschen Vorlesungen I §. 159 S. 454 ff. fasst die Sache in ähnlicher Weise, wie Savigny auf. Er erblickt über die Frage, ob Privatstrafen von gleicher Höhe für dasselbe gelten sollten, zwei verschiedene sich widerstreitende Ansichten in

unseren Quellen: auf der einen Seite stehe Paulus, auf der andern Ulpian. Paulus hätte die Frage bejaht: da er aber in l. 2 §. 1 D. *de tutel. act.* von den beiden Strafklagen *actio furti* und *rationibus distrahendis* sage: *„altera alteram non tollet,“* so sei er von dem Vorwurfe der Inconsequenz nicht rei zu sprechen. Also auch hier kommt im Grunde Alles auf einen Tadel der alten Römischen Juristen hinaus!

Wir gehen zu der von Savigny S. 242, 43 gegebenen Interpretation der l. 130 D. *de* R. J. über.

Zunächst legt Savigny den Worten *de eadem re* ähnlich wie in l. 53 pr. D. *de* O. et A. die Bedeutung des gemeinsamen Entstehungsgrundes unter, als ob stände *ex eodem facto*, was hier so unzulässig ist, wie dort. Der Grund für diese Annahme ist, dass von allen Klagen, wenn sie auf dasselbe Object gingen, niemals gesagt werden könne, dass sie einander consumirten, da ja bei Entschädigungsklagen gerade das Gegentheil als Regel anzunehmen sei. Und auch für die Entschädigungsklagen müsse man Ulpian's Behauptung nur so verstehen, dass die gemeinsame Entstehung für sich allein niemals ein Grund der Prozessconsumtion sein soll. Daneben liege der nicht ausgedrückte Gedanke im Hindergrunde:

„die folgende Klage werde nur ausgeschlossen bei gemeinsamem Object und dabei sehr häufig nicht auf dem Wege der Prozessconsumtion.“ Savigny fährt sodann fort:

„Besonders bekommt durch diese Erklärung der Ausdruck *praesertim poenales* einen bestimmten und guten Sinn, denn von den Pönalklagen kann man sagen, dass stets eine noch nach der andern angestellt werden könne, und namentlich nie die Prozessconsumtion eintrete, von den Entschädigungsklagen ist es nur theilweise wahr: dieser Unterschied beider Arten wird durch das Wort *praesertim* angedeutet.“

Es kann keinem Unbefangenen entgehen, wie viel hier in die wenigen Worte Ulpian's hineingetragen wird, wie viel der Jurist bei der schlichten Bemerkung hinzugedacht haben soll, ohne es auszudrücken.

Dem gegenüber dürfte die von mir Theil I S. 18 ff. proponirte Erklärung den Vorzug verdienen, da dieselbe, auf die Inscription gestützt, die Ausdrücke *de eadem re* und *praesertim* in dem natürlichen Sinne auffasst und keine Einschränkungen des Gedankens versucht. Sowie Savigny in der

l. 130 D. *de* R. J. die Regel von dem ungeschmälerten Nebeneinanderbestehen der mehreren Pönalklagen ausgesprochen findet, so glaubt er auch, dass in l. 32 D. *de* O. et A. Hermogenian sich für die Ulpianische Meinung entscheide. Ueber die l. 32 lesen wir bei Savigny S. 245, 46 Folgendes:

„Ich sehe diese Stelle als ganz entscheidend, gleichsam als das letzte Wort der Justinianischen Gesetzgebung an: nicht weil Hermogenian der neueste unter allen hier angeführten Juristen ist, welches an sich nicht entscheidend sein würde, sondern weil er die in den vorhergehenden Stellen dargestellte Controverse selbst erwähnt (*post magnas varietates*) und nun die wichtige Thatsache hinzufügt, dass zuletzt die (von Ulpian vertheidigte) strengere Meinung allgemein anerkannt worden sei (*obtinuit*). Hermogenian erscheint also hier nicht als eine einzelne Stimme über jene Frage abgebend, sondern als die Thatsache jenes Streites und der Beendigung desselben erzählend. Indem wir nun diese Stelle mit den vielen oben angeführten, grossentheils widersprechenden Stellen als ein Ganzes zusammenfassen, so erscheint dieser Fall als ein solcher, worin uns Justinian ein Stück Rechtsgeschichte mittheilen wollte, indem er nicht nur die aus langem Streit als siegend hervorgegangene Regel in seine Sammlung aufnahm, sondern auch die in früherer Zeit streitenden Meinungen selbst in einer bedeutenden Zahl von Zeugnissen darstellte, woraus der Sinn der letzten Entscheidung um so klarer hervortreten musste. Demnach sind die oben angeführten Stellen des Modestin und Paulus blos als ein Mittel zu historischer Belehrung über die allmähliche Entwickelung der vorliegenden Rechtsregel anzusehen."

Allein eine blos historische Belehrung hat nie in dem Plane des Kaisers Justinian gelegen, und wir müssen daher von einer solchen Interpretationsweise Abstand nehmen (s. auch Vangerow Pandekten III S. 57).

Eben so wenig einleuchtend ist es, dass Hermogenian sich auf Ulpian's Meinung beziehe, und dass der Ausdruck *post magnas varietates* gerade dafür als Zeugniss zu benutzen sei, dass von den Differenzen Spuren in unser *Corpus juris* übergegangen wären. Vielmehr will es uns viel natürlicher scheinen, dass ungeachtet eines solchen Hinweises die Aufnahme der abweichenden Ansichten unterblieben sei. So wendet derselbe Hermogenian die Redeweise *post magnas*

varietates auch in l. 9 D. *pro legato* *) an, ohne dass von den dort verworfenen Meinungen sonst ein Zeugniss vorhanden ist. Sodann kommt hiebei noch folgender Punkt in Betracht.

Es ist nicht zu leugnen, dass sich in verschiedenen Theilen des Justinianischen Rechtsbuches Widersprüche finden, und dass die Unkunde und Gedankenlosigkeit der Compilatoren in dieser Beziehung viel verschuldet hat. Indessen dürfte es doch im höchsten Grade unwahrscheinlich sein, dass die Compilatoren drei sich direct widerstreitende Stellen in nächster Nähe einem und demselben Titel einverleibt haben sollten. Nach Savigny aber sind ja in l. 32, l. 34 pr., und l. 53 pr. D. *de* O. et A. unvereinbare Widersprüche enthalten. Thibaut (S. 167) hingegen schreibt dem Paulus keine besondere Theorie zu, sondern stellt nur die l. 32 und l. 53 pr. einander gegenüber: aus der l. 32 gehe hervor, dass Hermogenian die Ansicht des Modestin als durch die Praxis verworfen erwähne, in Folge dessen Modestin's Idee zu den Antiquitäten gezählt werden müsse.

Die richtige Erklärung der beiden letzten Fragmente, welche ich Theil I S. 25—31 gegeben zu haben glaube, und die darauf hinauskommt, denselben nach quellenmässigen Andeutungen ein besonderes Gebiet zu vindiciren, ist unter Andern dadurch erschwert worden, dass man auf diejenigen Worte, welche eine Verschiedenheit der Stellen deutlich erkennen lassen, kein Gewicht legte. Modestin sagt nemlich im Anfange der l. 53 pr: *plura delicta*, während Hermogenian von Klagen spricht, *quae ex uno delicto nascuntur*. In Betreff der l. 32 wurde sodann versäumt, sie mit dem Verhältniss zwischen dem Zwölftafelgesetz und der *lex Aquilia* in Verbindung zu bringen, obgleich die l. 41 pr. D. *de* O. et A. (der Inscription nach zu l. 11 D. *arb. furt. caes.* gehörig) darauf hinweiset. Nur Donellus bemerkt gleich im Eingange seiner Darstellung, dass die Frage, was bei dem Zusammentreffen der *actio arborum furtim caesarum* und der *actio legis Aquiliae* gelten sollte, mit Rücksicht auf die Stellung der *leges*, aus denen sie abzuleiten wären, zu entscheiden sei. Auffallender Weise hat er diesen richtigen Gesichtspunkt

*) (*lib. 5 juris Epitomarum*):

Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est: sed et si non jure legatum relinquatur, vel legatum ademtum est, pro legato usucapi post magnas varietates obtinuit.

auf die l. 32 nicht ausdrücklich angewendet: ja er übergeht sogar diese hochwichtige Stelle im 3ten Capitel des 21ten Buches seiner *Commentarii* gänzlich mit Stillschweigen. —

Indem nun Savigny, wie bemerkt, der l. 32 vor der l. 34 pr. und l. 53 pr. D. *de* O. et A. den Vorzug giebt, beruft er sich S. 244 darauf, dass Justinian in §. 1 J. *si quadrupes* die Regel des Ulpian in l. 130 D. *de* R. J., welche mit Hermogenian's Aeusserung übereinstimme, recipirt habe. Stellt sich aber die von mir gegebene Interpretation der l. 130 D. *de* R. J., welche von allen später noch zu referirenden Interpretationen abweicht, als richtig heraus, so durfte sich Justinian im Sinne des Ulpian nicht auf jene Regel beziehen. Zur Stütze seiner Behauptung führt Savigny S. 247 ferner die l. 20 C. *de furtis* und §. 8 J. *de obl. ex del.* an. Allerdings geht aus diesen Stellen hervor, dass der Kaiser mehrere *ex eodem facto* entsprungene Pönalklagen mit einander concurriren lässt. Es ist unrichtig, wenn Vangerow Pandekten III S. 58 den citirten Quellenzeugnissen bei der Frage, wie Justinian über das Zusammentreffen der Pönalklagen gedacht habe, alle Relevanz abspricht. Zwar handelt es sich dort in erster Linie darum, ob die *actio furti* und die *actio servi corrupti* auch dann anwendbar wären, wenn nur ein gescheiterter Versuch zum *furtum* und zur Corruption des Sklaven vorläge: allein es folgt aus der Entscheidung des Kaisers mit Nothwendigkeit, dass die gedachten Klagen ungeschmälert neben einander zur Geltung kommen können.

Göschen (Vorlesungen I S. 456, 60, 61), welcher die l. 32 und l. 53 pr. D. *de* O. et A. zu vereinigen sucht und insofern von Thibaut und Savigny abweicht, nimmt zwischen den Lehren des Paulus und des Ulpian Widersprüche an. Er ist aber ungewiss, welcher Meinung der Vorzug gebühre. Die l. 20 C. *de furtis* liesse sich für die Geltung der Ulpianischen Theorie nicht anführen, da Justinian hier mehr (?) die Beschaffenheit des einzelnen Falles vor Augen gehabt habe: eben so wenig dürfte der Umstand den Ausschlag geben, dass die mildere Meinung des Paulus dem Geist der Justinianischen Gesetzgebung mehr entspreche als die Ulpian's. Schliesslich kommt er dann zu dem unsicheren Resultate, dass die einzelnen positiven Anwendungen, soweit sie einmal in den Quellen Eingang gefunden hätten, entscheiden müssten.

Während die bisher genannten Schriftsteller davon aus-

gingen, dass die Römischen Juristen über die Grundsätze uneinig gewesen wären, bezieht Rudorff (in Puchta's Pandekten-Vorlesungen 4te Auflage §. 87 Anm.) die Differenzen nur auf bestimmte Fälle:

„Der Streit betraf besonders die Concurrenz der aquilischen Klage mit der *actio furtim caesarum* und *injuriarum*. In beiden Fällen nahm Paulus partielle Concurrenz an: während andere sich für völlige Ausschliessung der zweiten Klage durch Anstellung der ersten, noch andere endlich für vollständiges Nebeneinanderbestehen beider Klagen entschieden."

Es ist nicht recht ersichtlich, warum jene Fälle vor andern Grund zum Streite abgegeben haben sollten.

Hiemit verlassen wir diejenigen Rechtslehrer, welche eine Vereinigung der über Concurrenz der Pönalklagen mitgetheilten Quellenzeugnisse im Wege der Interpretation für unmöglich hielten.

Die andere Categorie versucht hingegen die von jenen angenommenen Widersprüche zu lösen.

Um die l. 32 mit der l. 53 pr. D. *de* O. et A. in Einklang zu bringen, zog man die Meinung des Paulus von der Reduction herbei, nach welcher die Durchsetzung der mehreren Pönalklagen beschränkt werden sollte. So ist schon die Glosse der Ansicht, dass der Satz der l. 32: *omnibus experiri permitti* so aufzufassen sei, dass von der zweiten Klage nur der Mehrbetrag zur Perception komme: und auch Modestin wolle in l. 53 pr. *sed non posse omnibus uti probatum est* nur sagen, dass die Klagen nicht zu ihrem vollen Betrage durchgesetzt werden könnten. Dieser Meinung haben sich mit Cujacius (*Comm. in Tit. Dig. de* R. J. *ad* l. 130) und Donellus §. 18 die meisten älteren Interpreten angeschlossen (s. die Nachweisungen bei Schulting et Smallenburg *ad* l. 32 D. *de* O. et A. *tom.* VI *pag.* 667 und bei Glück Commentar Band 4 S. 10 Note 27): von den Neueren namentlich Vangerow Pandekten III S. 64. Dabei ist noch zu bemerken, dass Cujacius an einem andern Orte (*Comm. in Tit. Dig. de* O. et A. *ad* l. 32) den ganz grundlosen Vorschlag macht, die l. 32 auf Pönalklagen die l. 53 pr. hingegen auf reipersecutorische Klagen zu beziehen.

Was nun jene erstbezeichneten Suppositionen betrifft, so kann denselben nicht die mindeste Berechtigung eingeräumt werden. Denn wenn man beobachtet, wie sorgfältig und

genau Paulus in l. 34 pr. D. *de* O. et A. und in l. 1 D. *arb. furt. caes.* das Reductionssystem auseinandersetzt, so wird man gewahr werden, dass es unzulässig ist, jene Modification anderen Juristen als nicht ausgedrückten Hintergedanken unterzuschieben. Paulus selbst muss sich in l. 1 D. *arb. furt. caes.* dem Labeo gegenüber, welcher der Reduction nicht geneigt ist, zur Unterstützung seiner Meinung ausdrücklich auf den Trebatius berufen.

Eine eigenthümliche Ansicht über die Streitigkeiten der Römischen Juristen betreffend die Concurrenz der Pönalklagen, welche sich ebenfalls auf die bezeichneten Suppositionen stützt, und deshalb hier Platz finden mag, hat Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts I §. 11 aufgestellt. Er unterscheidet eine strengere und eine mildere Theorie. Die strengere Meinung, welche er wahrscheinlich aus l. 53 pr. D. *de* O. et A. ableitet, sei davon ausgegangen, dass das Factum, welches schon einmal zur Begründung einer Klage gebraucht und rechtskräftig entschieden worden, nicht abermals als Grund einer Klage benutzt werden könne. „Die mildere Ansicht musste dagegen hervorheben, dass es sich hier nicht einseitig um die Identität des factischen Grundes handelte, sondern die allseitige Identität mehrerer Rechtsstreitigkeiten im Ganzen, und dass nur diese totale materielle Gleichheit den Ausschluss der späteren Klage zur Folge habe, daher diese immer wenigstens soweit gebraucht werden könne, als sie ein anderes Object betreffe, was aber stets dann der Fall sei, wenn die spätere Klage zwar bis auf einen gewissen Punkt das nemliche, aber daneben auch ein verschiedenes Object betrifft, nemlich eine grössere Quantität, ein Plus. Diese mildere Doctrin ist zu Hermogenian's Zeit allgemein durchgedrungen."

Abgesehen von dem, was man gegen die Wahl der Beiworte milde und strenge einwenden könnte, ist an der Kierulffschen Darstellung besonders das auszusetzen, dass von der Existenz der Hauptmeinung, welche sich für die vollständige Durchsetzung aller Klagen neben einander erklärte, gar keine Notiz genommen ist.

Hinsichtlich der Stellen, welche einerseits die ungeschmälerte Geltendmachung der mehreren Pönalklagen aussprechen, andrerseits von der zweiten Klage nur den Mehrbetrag gestatten, proponirt Vangerow, der, wie wir bemerkten,

die l. 32 mit l. 53 pr. D. *de* O. et A. auf die hergebrachte Weise vereinigt, eine materielle Unterscheidung (s. Pandekten III S. 59 ff.):

„1) Wenn eine widerrechtliche Handlung, aus welcher mehrere Rechtsverletzungen hervorgehen, so beschaffen ist, dass dieselbe ungeachtet sie äusserlich als eine einzige Handlung erscheint, doch juristisch gleichsam zerlegt werden muss, indem jede einzelne der verschiedenen Rechtsverletzungen nicht aus der Handlung in ihrer Totalität, sondern so zu sagen aus einem Stücke derselben hervorgeht, so kann es gar keinem Zweifel unterliegen, dass die verschiedenen Pönalklagen in ihrem vollen Umfange neben einander begründet sind."

(l. 14 §. 1 D. *de praescr. verb.* und l. 11 §. 2 D. *de servo corr.*)

„2) kann es auch vorkommen, dass eine Handlung, aus welcher mehrere Pönalklagen hervorgehen, so beschaffen ist, dass jede dieser mehreren Pönalklagen oder wenigstens eine von ihnen die Handlung in ihrer Totalität zur nothwendigen Voraussetzung hat, dass also, um sie zu begründen, man nicht etwa die Handlung zerlegen darf, sondern immer die ganze Handlung zu ihrer Fundirung nöthig ist. — In Fällen dieser Art die mehreren Pönalklagen vollständig neben einander gebrauchen zu wollen, ist augenscheinlich unzulässig, denn nothwendig würde, da wenigstens eine der Pönalklagen die ganze Handlung zur nothwendigen Grundlage hat, mindestens ein Stück dieser Handlung doppelt bestraft, und so kann ich kaum glauben, dass diese Meinung je von einem römischen Juristen vertheidigt sein sollte."

Als Hauptstelle für diesen zweiten Fall zieht Vangerow die l. 34 pr. D. *de* O. et A. heran, aus welcher hervorgehe, dass die herrschende Meinung in dem Grundsatz übereingekommen sei, dass, wenn die eine *actio poenalis* durchgeführt ist, die andere dann und insoweit noch gebraucht werden dürfe, wenn und insoweit sie, hätte man sie gleich anfangs angestellt, ein Mehr für den Kläger zur Folge gehabt hätte.

Diese Unterscheidung, so ansprechend sie ist, entbehrt dennoch des nöthigen quellenmässigen Anhaltes.

Namentlich steht derselben die l. 15 §. 46 D. *de injur.* direct entgegen. Allerdings habe auch ich mich S. 77 dahin ausgesprochen, dass Ulpian in l. 15 §. 46 zunächst die Zulässigkeit der *exceptio rei judicatae* in Abrede stelle: allein eine unbefangene, den Sprachgebrauch der Quellen berück-

sichtigende Betrachtung des erwähnten Fragmentes muss zu dem Resultate führen, dass in demselben die Durchsetzung der *actio injuriarum* und der *actio legis Aquiliae* zu ihrem vollen Betrage anerkannt ist. In dieser natürlichen Auffassung stellt sich die l. 15 §. 46 D. *de injuriis* gerade als ein Beleg für das dar, was Vangerow so unmöglich erscheint, dass nemlich ein Römischer Jurist in einem Falle, in welchem Vangerow eine doppelte Bestrafung der ganzen Handlung oder eines Stückes derselben wahrzunehmen glaubt, die ungeschmälerte Geltendmachung der betreffenden Klagen gestattet.

Nach dieser Uebersicht der hauptsächlichsten Meinungen über die Concurrenz der Pönalklagen und die hierauf bezüglichen Controversen der Römischen Juristen soll noch dasjenige verzeichnet werden, was hinsichtlich der dabei in Betracht kommenden Quellenzeugnisse bemerkenswerth erscheint.

Von jeher haben die l. 60 D. *de* O. et A. und l. 130 D. *de* R. J., deren von Savigny gegebene Interpretationen S. 84 ff. beleuchtet wurden, eine ganz besondere Aufmerksamkeit erregt. Ungeachtet ihrer Verschiedenheit, welche auf den ersten Blick erhellt, sind die beiden Stellen vielfach als gleichbedeutend aufgefasst worden. Um diese Auffassung möglich zu machen, hat schon die Glosse zu l. 60 *cit: pecunia* mit *res* identificirt.

Dem Cujacius erschien die l. 130 in ihrer allgemeinen Fassung so bedenklich, dass er dem Worte *praesertim* die Bedeutung von *tantum* unterlegte (s. Obs. VIII *cap.* 24). Dies ist allerdings eine Probe von starker Willkühr, so dass Donellus §. 9 sich nicht enthalten konnte, die Cujacische Auslegung als „inept" zurückzuweisen. Donellus selbst will in der l. 130 nur ausgesprochen finden, dass durch das blosse Zusammentreffen ohne hinzukommende Befriedigung die zweite Klage nicht aufgehoben werde. Thibaut S. 163 supponirt mit Glück Commentar IV §. 284 a Note 27 trotz der Worte *de eadem re* verschiedene Gegenstände der Klagen. Sodann bezieht Keller Litiscontestation S. 494 die l. 60 und l. 130, obwohl nicht ohne Bedenken, auf die Verneinung der prozessualischen Consumtion bei zusammentreffenden Pönalklagen. Vangerow Pandekten III S. 58 nimmt dies als etwas ganz Sicheres an, ohne die von Savigny vor-

geschlagenen Einschränkungen zu adoptiren. Schliesslich ist noch die künstliche Interpretation Huschke's S. 191 zu erwähnen. Huschke denkt sich bei der l. 60 das Beispiel, dass mehrere dieselbe Sache gestohlen haben: und fährt dann fort:

„Obgleich hier die *pecunia*, worauf die *poena dupli* der *actio furti nec manifesti* geht, dieselbe ist, und daher, wenn die mehreren Klagen auf ein *pecuniam abesse actori* gingen, einander ausschliessen könnten (sobald nemlich die Klagen auch im Uebrigen aus demselben Rechtsverhältniss herrührten, wie hier aus dem Diebstahl), so gilt dies doch nicht für die Strafklagen. Ebenso mit l. 130 D. *de* R. J., wo derselbe Satz von allen Klagen prädicirt, und nur mit Rücksicht darauf, dass reipersecutorische Klagen wegen derselben Sache eben so häufig aus demselben Rechtsverhältnisse herrühren, als dieses bei Strafklagen nicht der Fall ist, gesagt wird: *nunquam actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit.*“ —

Nicht nur die Stellen, in welchen man eine auf die Concurrenz sich beziehende allgemeine Regel zu finden glaubte, sondern auch diejenigen, welche blosse Anwendungen der Römischen Grundsätze enthalten, haben vielerlei Zweifel und Bedenken erregt.

So hält Göschen Vorlesungen I §. 159 S. 459 die l. 6 pr. D. *ad leg. Jul. de adult.* für eine ganz singulaire Bestimmung. Auch Buchka Einfluss des Prozesses I S. 92 meint, man müsste dem Papinian etwas Unjuristisches zutrauen, wenn man annähme, dass er den Inhalt der l. 6 pr. noch ausserdem auf andere Verhältnisse angewendet hätte.

Huschke S. 197 führt die Stelle auf die strenge moralische Denkungsweise von Papinian zurück. Vangerow endlich versteht a. a. O. S. 62 u. 63 dieselbe gegen die klaren Worte so, dass der *dominus* die drei Klagen *(actio legis Aquiliae, actio injuriarum* und *actio servi corrupti)* zu seiner Disposition habe, ohne dass auf eine vollständig cumulative Concurrenz hingedeutet werden solle. Auf diese gewiss unzulässige Auslegung hat wohl die von Vangerow aufgestellte Unterscheidung, die wir nicht als richtig anerkennen konnten, influirt.

Gleich der l. 6 pr. D. *ad leg. Jul. de adult.* ist auch die l. 15 §. 46 D. *de injur.* nichts als eine schlichte Anwendung

der in l. 34 pr. D. *de* O. et A. an die Spitze gestellten Grundregel. Dass bei Verkennung des quellenmässigen Princips selbst die Aufbietung des grössten Scharfsinnes zu keinem befriedigenden Resultate führt, ersehen wir aus der Interpretation, welche Huschke von der l. 15 §. 46 D. *de injur.* geliefert hat.

Huschke spricht sich S. 195 dahin aus:

„Schwieriger (d. h. als der Fall, wo die *actio vi bonorum raptorum* mit der *actio furti* oder *actio legis Aquiliae* zusammentrifft) ist der Fall der Concurrenz der *actiones legis Aquiliae* und *injuriarum* wegen eines gepeitschten Sklaven, von dem Paulus in l. 34 pr. D. *de* O. et A. handelt, denn es scheint, dass hier zwei völlig verschiedene Delicte, Schadenszufügung und Injurie vorliegen. Dieses wäre nun auch unzweifelhaft der Fall, wenn der Beklagte den Sklaven mit beleidigender Absicht gegen den Herrn misshandelt hätte, da alsdann zugleich eine andere Person beleidigt worden wäre. Allein es ist hier blos von der dem Sklaven selbst zugefügten Injurie die Rede, wegen deren der Herr als Eigenthümer des Sklaven klagt, ganz ebenso wie wegen Tödtung oder Beschädigung desselben nach der *lex Aquilia.*"

Wir müssen hier verweilen, um die Behauptung zu widerlegen, dass der Herr die *actio injuriarum* selbst dann anstellen könne, wenn nicht er, sondern nur der Sklave durch die verletzende Handlung beleidigt worden wäre. Huschke beruft sich zur Unterstützung derselben auf l. 15 §. 35 u. 48 D. *de injuriis:* allein diese Stellen sprechen vielmehr gegen ihn.

Was zunächst die l. 15 §. 35 betrifft, so lautet sie folgendermassen:

Si quis sic fecit injuriam servo, ut domino faceret, video dominum injuriarum agere posse suo nomine: si vero non ad suggillationem domini id fecit, ipsi servo facta injuria inulta a Praetore relinqui non debuit: maxime si verberibus vel quaestione fieret: hanc enim et servum sentire palam est.

Der klare Inhalt dieser Worte ist der, dass nur im ersten Falle dem Herrn die Injurienklage zugesprochen wird, während im zweiten Falle, wenn die Injurie blos den Sklaven trifft, dem Prätor die Bestrafung des Injurianten überlassen wird. Aus dieser Gegenüberstellung der Injurienklage und der prätorischen Strafe erhellt, dass die letztere nur da Platz greifen soll, wo die erste nicht zur Anwendung kommen

kann. So fasst denn auch der Basilikenscholiast zu l. 15 §. 35 (*Bas. lib.* 60 *tit.* 21 *cap.* 13) die Sache auf, indem er zu den Worten:

εἰ δὲ καὶ μὴ διὰ τὸ καθάψασθαι τοῦ δεσπότου γέγονεν, ἐκδικεῖ τὸ πλημμεληθέν ὁ ἄρχων

sed et si non ad suggillationem domini fiat, delictum vindicat magistratus

Folgendes notirt:

Ἐξτραορδίνως, οὐ μὴν διὰ τῆς περὶ ὕβρεως ἀγωγῆς· ἐνταῦθα γὰρ ἀπῆν διάθεσις τοῦ ὑβρίσαντος τὸν τοῦ δούλου δεσπότην.

Extra ordinem, non actione injuriarum: hic enim aberat affectus dominum servi injuria afficiendi.

Nach dem aus l. 15 §. 35 entwickelten Grundsatze muss dann auch l. 15 §. 48 *eod.* interpretirt werden, welche bei flüchtiger Betrachtung allerdings der Huschkeschen Annahme günstig zu sein scheint.

Item si liberum hominem, qui mihi bona fide serviebat quis caeciderit, distinguendum est, ut si in (meam) contumeliam pulsatus sit, competat mihi injuriarum actio. Idem ergo et si in servo alieno bona fide mihi servienti, ut toties admittamus injuriarum actionem, quoties in meam contumeliam injuria ei facta sit: nam ipsius quidem servi nomine domino dabimus injuriarum actionem.

Der herausgehobene Passus soll keineswegs sagen, dass der Herr *injuriarum* klagen könne, wenn die Beleidigung lediglich dem Sklaven gegolten habe. Vielmehr liegt der Ton, wie sich aus dem Vorigen ergiebt, auf dem Worte: *domino;* dem *bonae fidei possessor* wird die Klage gewährt, wenn der ihm *bona fide* dienende fremde Sklave mit Rücksicht auf ihn selbst beleidigt worden. Dies motivirt der Jurist mit Hinweis auf den Umstand, dass in gleichem Falle dem Eigenthümer, nemlich wenn der Sklave mit Rücksicht auf ihn (den Eigenthümer) beleidigt worden ist, die Injurienklage zustehe.

Hiedurch scheint Huschke's obige Behauptung widerlegt, zumal die l. 15 §. 45 D. *de injur.*, auf welche Huschke sich ebenfalls bezieht, ganz irrelevant ist: denn es wird dort nur der Satz: *interdum injuria servo facta ad dominum redundat, interdum non* erläutert.

Demgemäss müssen wir sowohl in l. 34 D. *de* O. et A.

als auch in l. 15 §. 46 D. *de injuriis* supponiren, dass die dem Sklaven zugefügte Beleidigung zugleich gegen den Herrn gerichtet sein sollte: denn es wird ja demselben die *actio injuriarum* eingeräumt. In Folge unserer Auseinandersetzung erledigen sich auch die folgenden Bemerkungen von Huschke:

„Auch in dem Sklaven fallen nun zwar Injurie und Schadenszufügung nicht völlig zusammen, da diese Delicte theils auf Seiten des Thäters das eine blos *culpa*, das andere *animus injuriandi* voraussetzen, theils auf Seiten des Sklaven das eine ihn als eine Sache im Eigenthum, die andere seine Persönlichkeit als solche verletzt, worin unverkennbar zwei verschiedene Richtungen seines dem Herrn unterworfenen Daseins liegen, und so sind jedenfalls beide Klagen selbstständig bedründet l. 34 pr. D. *de* O. et A., l. 15 §. 46 D. *de injuriis*. Hinsichtlich des Sklaven ist aber zu bedenken, dass er eigentlich gar keine Persönlichkeit und daher keine Ehre hat, bei ihm also auch die vom Prätor angenommene Injurie oder persönliche Beleidigung nur als eine sächliche gedacht werden kann, die ein mit unter das die ganze Existenz des Sklaven umfassende Eigenthum fallende Recht verletzt und dass jene beiden Richtungen, obgleich verschieden, doch auch einander voraussetzen, durchdringen und ihre Idiome einander gegenseitig mittheilen, so dass beide Delicte, soweit sie sich innerhalb der Person des Körpers des Sklaven halten, in der That zusammenfallen, wiewohl das eine die sachlich aufgefasste Person, das andere die Sache, welche ein Mensch ist, betrifft. Doch kann auch und wird auch in der Regel die Aestimation in beiden wenigstens theilweise Verschiedenes treffen und auf ein verschiedenes Quantum führen. Sie fallen nemlich zusammen hinsichtlich der Entwerthung des Sklaven durch die erlittene Verstümmelung, welche zugleich Schaden des Herrn und verletzte Person des Sklaven ist: sie gehen aus einander, indem die Aquilische Klage auch die Kurkosten — einen ausserhalb der Person des Sklaven fallenden Sklaven — die Injurienklage auch den Schmerz nach dem Maasse der empörenden Behandlung umfasst. Auch geht die erstere Klage gegen den Läugnenden aufs Doppelte. Diejenigen Juristen irrten also, welche meinten, dass beide Klagen einander völlig deckten und darum ohne Weiteres ausschlössen: ebenso

die, welche glaubten, wenigstens nach der Aquilischen Klage bleibe nichts mehr für die Injurienklage übrig — gegen beide behauptete Labeo mit Recht *eandem rem non esse* — aber auch die, welche zwei völlig auseinander fallende Delicte annahmen, was vielleicht Labeo's Ansicht war, oder doch nach der Injurienklage noch die Aquilische auf den vollen Betrag zuliessen. Das Richtige trifft Paulus mit dem Ausspruch *ut liceat ei, quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi.*" —

Die Schriftsteller, welche sich über die Frage nach dem Verhältniss mehrerer *ex uno facto* entstandenen Pönalklagen verbreiten, machen im Allgemeinen keinen Unterschied, ob die Pönalklagen reine oder gemischte sind. Savigny hingegen statuirt für den Fall, wenn zwei gemischte Klagen zusammentreffen, etwas Besonderes.

Ich habe Theil I S. 21 u. 22 zu zeigen versucht, dass unter diesen Umständen die pönale Natur der Klagen in den Vordergrund tritt, während auf den reipersecutorischen Bestandtheil gar nichts ankommt: dem entsprechend wird in den uns erhaltenen Stellen die Concurrenz zwischen zwei *actiones mixtae* unzweideutig anerkannt. Savigny hat dies übersehen, und glaubt S. 248, dass die Entschädigung, welche mit einer gemischten Klage bereits erlangt ist, mit einer andern Klage gleichen Characters nicht mehr gefordert werden könne. Die Quellen enthalten diesen Satz nicht: dies giebt Savigny zu, meint aber, dass der angedeutete Gedanke bei den Stellen, welche die Cumulation mehrerer gemischten Klagen unbeschränkt aussprechen, zu supponiren sei. So müsse in l. 32 D. *de* O. et A. in Hermogenian's Sinne der daselbst dargestellten Regel die Einschränkung hinzugefügt werden: „insoweit jede dieser mehreren Klagen auf reine Strafe geht." Diese Annahme hat mit der S. 84 erwähnten, nach welcher die zweite Klage nur auf den Mehrbetrag als zulässig erachtet wird, Aehnlichkeit: ist indessen um nichts weniger gewaltsam als jene. Savigny räumt ferner ein, dass auch Papinian und Ulpian die von ihm vorgeschlagene Einschränkung nicht aussprechen: dies erkläre sich daraus, dass in den meisten Fällen zwei gemischte Klagen gar nicht vorkommen, indem die eine von den zusammentreffenden Klagen eine reine Strafklage sei. Allein dies ist insofern nicht treffend, als Papinian in l. 6 pr. D. *ad leg. Jul. de adult.*

allerdings ein Beispiel giebt, in welchem zwei gemischte Klagen sich begegnen; nemlich die *actio legis Aquiliae* und die *actio servi corrupti*. Mit der grössten Bestimmtheit erklärt sich Papinian für die Gewährung der beiden Klagen neben einander: eine Andeutung darüber, dass die *rei persecutio* nur mit einer von beiden Klagen erstrebt werden könne, mangelt gänzlich. Hienach hat auch das Moment, welches Savigny zur Erklärung des von Papinian, Ulpian und Hermogenian hinsichts jener Einschränkung beobachteten Stillschweigens anführt, dass nemlich die genannten Juristen nur auf die streitige Cumulation mehrerer Strafen ihre Aufmerksamkeit gerichtet hätten, keine Bedeutung.

Offenbar hält Savigny jene Einschränkung deswegen für schlechthin unentbehrlich, weil er von der ihm natürlich scheinenden Regel ausging, dass ein bereits vergüteter Schade nicht mehr vergütet werden dürfe. Insofern musste es ihm undenkbar vorkommen, dass die Anwendung derselben durch den zufälligen Umstand, dass die bezeichneten Klagen neben der Entschädigung noch eine wahre Strafe verfolgten, ausgeschlossen werden könne. Im Uebrigen kommt es hiebei darauf, dass bei dem Zusammentreffen der Aquilischen Klage mit einer Contractsklage von einigen, (nicht wie Savingny behauptet, von allen) Römischen Juristen die Aquilische nach der andern noch auf das *amplius* gestattet werde, für die Beurtheilung des besprochenen Falles gar nicht an, weil das Verhältniss zwischen einer gemischten und einer reipersecutorischen Klage nach besonderen positiven Grundsätzen regulirt worden ist.

Hiemit verlassen wir die, wie Vangerow Pandekten III S. 55 sagt, unendlich bestrittene Frage, wie es sich verhalte, wenn aus demselben Factum mehrere Pönalklagen begründet werden können.

§. 5.

Concurrenz einer reinen Pönalklage mit einer reipersecutorischen Klage.

Das Dogma, dass eine reipersecutorische Klage mit einer reinen Pönalklage concurrire, ist in den Quellen so deutlich ausgesprochen, und in so zahlreichen Anwendungen niedergelegt worden, dass wohl Niemand dasselbe geläugnet hat. Auch ist dabei die maassgebende Verschiedenheit von

poena und *rei persecutio* von Vielen gebührend gewürdigt worden; s. z. B. Donellus §. 14 und Göschen Vorlesungen I §. 159 S. 453.

Während aber bei der in §. 4 behandelten Frage von mehreren Seiten den Römischen Juristen tief eingreifende Differenzen zugeschrieben wurden, ist es fast allen Schriftstellern unglaublich vorgekommen, dass in Betreff des erwähnten Dogma's ein Römischer Jurist eine abweichende Meinung hätte vertheidigen können. In Folge dessen hat man die l. 71 pr. D. *de furtis* um jeden Preis mit dem herrschenden Princip in Einklang zu bringen versucht.

Die l. 71 pr. D. *de furtis* lautet so:

Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest, et si furti actum est, commodati actio extinguitur: si commodati, furti actioni exceptio objicitur.

Dreimal wird hier in der deutlichsten Weise auf die *actio furti* hingewiesen; dennoch soll unter jenem Ausdrucke hier ausnahmsweise die *condictio furtiva* verstanden werden.

Diese Annahme rührt schon von den Glossatoren her und hat sich seitdem traditionell fortgepflanzt: die vorzüglichsten Juristen älterer und neuerer Zeit, Cujacius (Obs. XVII *cap.* 12), Donellus §. 15, Thibaut S. 168, Savigny S. 218 Note h haben sie als nothwendig erachtet.

Das Bedürfniss zu einer solchen Annahme wurde, wie angedeutet, in dem Umstande gefunden, dass die l. 71 pr. mit dem quellenmässigen Principe in schneidendem Widerspruch stehen würde, wenn man nicht die gewöhnliche Bedeutung von *furti actio* (als reine Pönalklage) aufgäbe.

Zur Stütze jener Behauptung sind namentlich l. 14 §. 16 D. *de furtis*, l. *un.* C. *quando civil. actio* und Paulus R. S. 31 §. 34 herangezogen worden: allein es ist in der That unbegreiflich, wie aus diesen Stellen die behauptete Bedeutung auch nur im Entferntesten bewiesen werden soll. Die Unzulänglichkeit der Beweismittel ist denn auch von Donellus offen anerkannt worden. Donellus giebt zu, dass nach dem *perpetuum juris usus* unter *actio furti* das pönale Rechtsmittel im Gegensatz zu der reipersecutorischen *condictio furtiva* bezeichnet werde und verweiset dabei auf §. 19 J. *de obl. quae ex del.* und l. 7 §. 1 D. *de cond. furt.* Dann fährt er jedoch fort:

„Sed res facit, ut hic improprietatem verbi agnoscere et ad-

mittere debeamus et furti actionem, quam Javolenus nominat, interpretari non furti poenalem, quae proprie et specialiter ita dicitur, sed actionem ex causa furti competentem: neque eam quamlibet, sed similem actioni commodati, id est, de re eadem. Hanc interpretationem duo suadent, primum vitium sententiae, deinde harum duarum actionum comparatio. Cum in ambigua voce legis aliquid vitii in alterutram partem metuitur, ita praecipitur, eam significationem accipiendam esse, quae vitio caret, quasi sit hoc ex voluntate et sententia, sive legis sive scriptoris. Nihil autem est vitiosius, quam dici furti actionem poenalem per actionem commodati consumi aut hanc per illam alteram: cum hae actiones sint maxime diversarum rerum et absurdum sit, dici eum, qui res duas debeat, cum unam solverit, alterius, quam non solvit, praestatione liberari. Tum autem Javolenus duas hic actiones ita conjungit et ita comparat inter se, ut singulas in consumenda altera pares faciat. Imperite omnino, nisi conjungit et comparat tanquam similes. Nihil autem minus, quam similes sunt, nisi intelligit actiones ejusdem rei persecutorias. Sane a significatione verborum facile recedi non oportet. Sed tamen et hoc ipsum fieri non conceditur solum, sed etiam jubetur, cum manifestum est, aliud sensisse scriptorem. Javolenum autem id sensisse, quod dixi, satis ex eo colligi putandum est, quod contraria sententia tam manifesto vitio laboret.“

Was das *vitium sententiae* angeht, so ist allerdings nicht abzuleugnen, dass Javolen in l. 71 pr. von den Grundsätzen der anderen Autoren in jener Beziehung abweicht: allein, wenn wir wissen, dass laut l. 34 pr. D. *de* O. et A. einige Römische Juristen mehrere *poenae* nicht als besondere juristische Objecte neben einander gelten liessen, so können andere auch die Verschiedenheit von *poena* und *rei persecutio* ignorirt haben. Die Donellische Erörterung über die *comparatio actionum* ist von keinem Belang: sie kann eben so wenig wie der Hinweis auf die Fehlerhaftigkeit der Ansicht ein Grund sein, einem Worte eine nicht nachweisbare Bedeutung beizulegen.

Entscheidend gegen die Annahme, dass die *furti actio* in dem Sinne von *condictio furtiva* verstanden werden müsse, ist der Umstand, dass Javolen im Verfolge der l. 71 von Voraussetzungen ausgeht, welche mit dem Wesen der *condictio furtiva* schlechthin unverträglich sind. Die Rechtslehrer scheinen das *principium* der l. 71 ganz isolirt betrachtet

und von dem unmittelbar sich anschliessenden §. 1 gar keine Notiz genommen zu haben. Der §. 1 lautet:

Ejus rei, quae pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit, quia furti agere potest is, cujus interest rem non surripi: interesse autem ejus videtur, qui damnum passurus est, non ejus qui lucrum facturus esset.

Es bedarf keiner weiteren Ausführung, dass hier nicht von der *condictio furtiva*, sondern von der *actio furti* die Rede ist. Denn die *condictio furtiva* steht nach l. 1 D. *de cond. furt.* nur dem wahren Eigenthümer zu, während die *actio furti* auch anderen Personen ausser dem Eigenthümer verliehen wird, sofern sie an der Wiedererlangung der Sache ein rechtliches Interesse haben. Unmöglich kann Javolen einige Zeilen vorher die Worte *furti actio* und *furti agere* in einer anderen Bedeutung angewendet haben, als in derjenigen, welche er in §. 1 bei Erläuterung der bezeichneten Klage *(quia furti agere potest is, cujus interest rem non surripi)* voraussetzt.

Gegen jene tief eingewurzelte Annahme hat sich Anton Faber *(Rationalia ad Pandectas ad* l. 7 §. 1 D. *commod.)* erklärt. Wenn auch die Ausdrücke, in denen er seinen Protest niederlegt, zu stark sind, so kann ich ihm in der Sache selbst nur beistimmen. Indessen bringt Faber die Meinung Javolen's ohne Grund in Beziehung zu der zweiten Categorie der in l. 34 pr. D. *de* O. et A. erwähnten Dissentienten: — *alii per legis Aquiliae actionem injuriarum consumi etc.*

Es bleibt in der That nichts übrig, als den Widerspruch der l. 71 pr. D. *de furtis* mit der im Justinianischen Rechte recipirten Doctrin anzuerkennen und die Aufnahme derselben in die Digesten einem Versehen der Compilatoren zuzuschreiben. Zwar habe ich mich Theil I S. 25 ff. bei Betrachtung der l. 53 pr. und l. 32 D. *de* O. et A. bemüht, die Compilatoren gegen die Anklage, dass sie in einem und demselben Titel Lehren entgegengesetzter Art aufgenommen hätten, zu vertheidigen: hier aber stellt sich die Vereinigung als unmöglich heraus, und wir können von derartigen Versuchen um so eher abstehen, als das Justinianische Rechtsbuch allerdings Stellen enthält, welche mit dem in einem andern Titel Gesagten in Widerspruch stehen.

§. 6.

Collision zwischen einer gemischten und einer reipersecutorischen Klage.

Am wenigsten Uebereinstimmung hat von jeher über den so wichtigen und häufigen Fall, wenn eine gemischte Klage mit einem reipersecutorischen Rechtsmittel zusammentrifft, unter den Schriftstellern geherrscht. Diese Unsicherheit erklärt sich daraus, dass die doppelseitige Natur der *actiones mixtae* verkannt wurde. Wie Theil I §. 4 entwickelt ist, erscheint die *actio mixta* den Pönalklagen gegenüber als eine Pönalklage, den reipersecutorischen gegenüber als eine reipersecutorische, indem in diesem letzteren Falle auf die *rei persecutio* entscheidendes Gewicht gelegt wird. In Folge dessen findet zwischen einer gemischten und einer reipersecutorischen Klage Collision statt.

Die Quellen enthalten zahlreiche Anwendungen dieser Regel: daher finden wir sie denn auch hin und wieder, namentlich bei älteren Rechtslehrern, ausgesprochen, freilich ohne juristische Motivirung, welche nur gewonnen werden kann, wenn die vorwiegende Berücksichtigung des reipersecutorischen Fundamentes bei der *actio mixta* gehörig gewürdigt wird.

Schon der Basiliken-Scholiast Stephanus zu l. 48 D. *pro socio* (*Bas. lib.* 12 *tit.* 1 *cap.* 48) giebt die Regel richtig wieder:

ὅτι αἱ καθαρῶς οὖσαι ποιναλίαι ἀγωγαὶ οὐκ ἀναιροῦσι τὰς ἀδ' ᾧ ἐι περσεκοντίονεμ, ἀλλὰ μόναι αἱ ἀδ' ᾧ ἐι περσεκοντίονεμ καὶ αἱ μίξται.

actiones mere poenales non tollunt rei persecutorias, sed solae rei persecutoriae et mixtae.

Accursius sagt zu l. 9 §. 6 D. *quod metus*:

quare una per alteram tollitur, cum una sit poenalis, altera rei persecutoria: respondeo, quia sub quadruplo inest res.

Aehnlich lautet das Summarium zu derselben Stelle:

persecutoria tollitur per poenalem, quando inest rei persecutio: hoc dicit: vel sic: actio in rem tollitur per poenalem et e converso, quia in poenali continetur rei persecutio.

Auch bei Hotomann (*Quaestiones illustres cap.* 29) und Pothier (*Pandectae Justinianeae ad Tit. Dig. de* O. et A.) finde sich die obige Regel mit Hinweisung auf einige wichtige

Anwendungen derselben, namentlich l. 2 §. 1 D. *de tutel act.*, l. 5 §. 1 D. *de calumn.*, l. 9 §. 6 D. *quod metus*, l. 7 §. 1, l. 18 §. 1 D. *commod.*, l. 50 D. *pro socio.*

Weit grösser als die Zahl derer, welche gleichsam instinctiv die Regel erfasst haben, ist die Zahl derjenigen, welchen dieselbe gänzlich entgangen ist. Dies muss besonders dem Umstande zugeschrieben werden, dass man die beiden Quellenzeugnisse, in denen die juristische Behandlung unseres Falles angedeutet ist, entweder ignorirt oder falsch verstanden hat.

Die beiden wichtigen Stellen sind l. 34 §. 2 D. *de* O. et A. und l. 50 D. *pro socio* (s. deren Erläuterung Theil I S. 35 und 36).

Kleinschrod äussert sich über die l. 34 §. 2 cit. anknüpfend an die Huschkesche Interpretation, welche wir alsbald kennen lernen werden, S. 25 folgendermassen:

„Bis eine bessere Widerlegung erfolgt ist, müssen wir bei der Vorschrift der l. 34 cit. bleiben, und nur ausnahmsweise aus factischen Gründen wegen Unmöglichkeit der Ausführung kann es sein, dass dieselbe nicht zur Anwendung kommt, wenn nemlich einmal ein mit der Aquilischen Klage zu verfolgendes *amplius* nicht vorhanden wäre: dies wäre dann, wenn in *concreto* die Sache ein Jahr oder einen Monat zurück nicht mehr werth war oder gerade ein anderweitiges Interesse nicht verletzt ist: hier muss dann freilich zwischen der Aquilischen und der Contractsklage vollständige Concurrenz (nach unserem Sprachgebrauche Collision) angenommen werden, weil eben dann beide Klagen nur *rei persecutionem continent.*"

Der Ausdruck: *utraeque enim actiones rei persecutionem continent* ist hier blos im factischen Sinne aufgefasst, insofern in dem speciellen Falle eine Straferhöhung nicht zur Geltung käme. Ebenso scheint auch Keller Litiscontestation S. 491 jenen Passus zu verstehen, indem er sagt:

„Auch hier wird durch die *actio legis Aquiliae* die *actio commodati* aufgehoben und ebenso umgekehrt, insofern beide dasselbe Resultat geben."

Diese Interpretation der mitgetheilten Worte liesse sich rechtfertigen, wenn wir bei der l. 34 §. 2 stehen bleiben: wenn wir hingegen die l. 50 D. *pro socio*, welche denselben Gedanken ausspricht, hinzunehmen, so stellt sich jene Auslegung als unhaltbar heraus. Paulus sagt in l. 50: *quia*

utraque actio ad rei persecutionem respicit, non ut furti, ad poenam duntaxat. Aus diesem Satze erhellt, dass es nicht die Absicht des Juristen sein konnte, blos die individuelle Beschaffenheit des einzelnen Falles zu characterisiren. Vielmehr will Paulus eine allgemeine Bemerkung machen, indem er vergleichsweise auf die reinen Pönalklagen hindeutet. Die wichtigen Schlussworte der l. 50 hat Kleinschrod ganz ausser Acht gelassen: in Folge dessen ist es irrig, wenn er meint, dass auch in dieser Stelle der Jurist einen solchen Fall vor Augen gehabt habe, wo nur die *reipersecutio* in Betracht gekommen wäre. Im Gegentheil, Paulus setzt gerade den Fall voraus, wo mit der Aquilischen Klage die erhöhte Werthbestimmung, die als pönales Element gilt, einzufordern ist: denn sonst hätte er die gemischte Natur der Aquilischen Klage *(quae non ad poenam duntaxat respicit)* nicht zum Vorwurfe eines Vergleiches mit der rein pönalen *actio furti* nehmen können. Indem also Paulus in l. 50 D. *pro socio* stillschweigend annimmt, dass die Aquilische Klage mehr bietet, als die Contractsklage, sind wir berechtigt, auch in andern Fällen der Art ein Gleiches zu thun.

Dies Ergebniss steht der Auffassung entgegen, welche Savigny S. 227 ff. von dem Verhältniss der Aquilischen Klage zu einer Contractsklage hat.

Savigny geht von dem Princip aus, dass in diesen Fällen der Mehrbetrag der grösseren Klage mit Abrechnung der aus der ersten kleinen Klage schon erlangten Summe nachzufordern sei. Viele Stellen (S. 227 Note k, l, m) sagten nun ganz allgemein, dass in solchen Fällen eine Klage von der andern absorbirt werde, dass also überhaupt nur eine gebraucht werden könne: womit die Anwendung des aufgestellten Grundsatzes für jene Fälle verneint zu werden scheine. Jene Stellen versteht Savigny so, dass sie nur auf den „gewöhnlichsten" Fall zu beziehen seien, wo die Aquilische Klage keinen höheren Ertrag liefere, als die Contractsklage. Diese Annahme, welche mit dem richtig verstandenen Inhalte der l. 50 nicht vereinbar ist, sucht Savigny durch folgende Bemerkung zu unterstützen.

„Die Richtigkeit dieser Auslegung folgt unwidersprechlich aus einigen Stellen derselben Juristen (l. 7 §. 1 D. *commod.* von Ulpian und l. 34 §. 2 D. *de* O. et A. von Paulus), worin sie die Anwendung unseres Grundsatzes auch auf die Aqui-

lische Klage ausdrücklich anerkennen und zwar in Ausdrücken, worin diese Anwendung als die seltener vorkommende, leicht übersehene, gewöhnlich nicht erwähnte (also auch nicht durch blosses Stillschweigen verneinte) bezeichnet wird."

Eine unbefangene Betrachtung der beiden citirten Fragmente zeigt, dass in ihnen ein ganz anderer Sinn liegt.

In l. 7 §. 1 D. *commod.* wird der Fall besprochen, wo der Commodatar sich wegen Beschädigung des commodirten Objectes der Aquilischen und der Commodats-Klage aussetzt. Dem Ulpian scheint es billig, dass der Commodant, wenn er sich für die *actio commodati* entschieden habe, auf die *actio legis Aquiliae* resignire *(aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem [legis Aquiliae])*. Allein schliesslich giebt er doch einer anderen Ansicht den Vorzug:

nisi forte quis dixerit, agendo eum ex lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est; quod videtur habere rationem.

Da Ulpian sich in erster Linie für die Herbeiführung der Collision mittelst der Remission (s. Theil I S. 56 f.) ausspricht, so müsste er nach Savigny den Fall voraussetzen, wo die künstliche Schätzung der *lex Aquilia* keinen höheren Ertrag liefert, als mit der *actio commodati* zu erreichen ist. Dass dies nun schlechthin undenkbar erscheint, geht daraus hervor, dass im Schlusssatze Ulpian selbst den Mehrbetrag der Aquilischen Klage als der *ratio* gemäss gestattet, ohne eine Veränderung in den factischen Voraussetzungen mit einem Worte anzudeuten. Schon hiedurch wird, wie ich glaube, Savigny's Auslegung vollständig widerlegt.

Sodann aber zeigt die Fassung der l. 7 §. 1 D. *commod.* ganz deutlich, dass die Gewährung des Mehrbetrages nicht etwas Uebersehenes und gewöhnlich unerwähnt Gebliebenes, sondern vielmehr etwas Zweifelhaftes war: *nisi forte quis dixerit ... quod videtur habere rationem.* In gleicher Weise sagt Paulus von der Frage, ob nach durchgesetzter *actio commodati* die Aquilische Klage auf das *amplius* zulässig sei, in l. 34 §. 2 D. *de* O. et A.: *dubitatur.*

Gleich Savigny haben die meisten Rechtsgelehrten übersehen, dass jene Gestattung des Mehrbetrages unter den Römischen Juristen bestritten war. In Folge dessen wurde auch verkannt, dass dieselbe nur als Modification aufzufassen sei:

man glaubte in dem Amplificationsystem (s. Theil I S. 47 ff.) die eigentlich maassgebende Norm für den Fall des Zusammentreffens einer gemischten mit einer reipersecutorischen Klage zu finden. In diesem Sinne sagt Keller Litiscontestation S. 491, Paulus spreche in l. 34 §. 2 D. *de* O. et A. sehr deutlich das Princip aus, dass Schadensersatzklagen einander immer so aufheben, dass mit der späteren blos noch das *plus* gefordert werden könne. Eine gleiche Verwechselung des Grundsatzes mit der Modification begegnete uns bei der Concurrenz der Pönalklagen (s. S. 76 f.), insofern das Reductionssystem als eine principiell verschiedene Meinung des Paulus angesehen wurde.

Man hat sogar die Amplification als das einzig mögliche und natürliche Princip hingestellt (s. z. B. Thibaut S. 180 und Vangerow Pandekten S. 572). Auf Grund der angeblichen Natürlichkeit hielt man sich dann für berechtigt, die Amplification in denjenigen Stellen zu supponiren, in denen sie nicht ausdrücklich bemerkt war, gleichwie in l. 32 D. *de* O. et A. von einigen Seiten die Reduction hinzugedacht wurde. Jene Supposition, die sich nach dem Obigen als ganz verwerflich darstellt, findet sich schon in dem Basilikenscholion zu Bas. *lib.* 13 *tit.* 1 *cap.* 18 und in der Glosse zu l. 18 §. 1 D. *commod.* S. auch Thibaut S. 180 ff. —

Eine bedeutende Rolle bei der Frage, was bei dem Zusammentreffen einer gemischten und einer reipersecutorischen Klage Rechtens sei, hat stets die l. 34 §. 2 D. *de* O. et A. gespielt, deren Erklärung im Einzelnen wegen der Beschaffenheit des Grundtextes viele Schwierigkeiten darbietet.

Die Lesart des Schlusssatzes nach der Florentina: *sed verius est remanere, quia simplo accedit et simplo subducto locum non habet* ist von einigen Schriftstellern aufrecht erhalten worden: die grössere Zahl derselben hat sich hingegen der Meinung des Cujacius (Obs. III cap. 25) angeschlossen, welcher das *non* vor *habet* hinauswirft. Noch Andere lesen auf Grund einiger Handschriften *non remanere* statt *remanere*. Dass das *et* vor *simplo subducto* nicht stehen bleiben kann, weil sonst Paulus den zu motivirenden Satz durch eine simple Wiederholung des Beweisthema's begründet haben würde, ist meines Wissens von Niemanden monirt worden. Jedoch macht Savigny von der Correctur *ut* statt *et*, wie ich sie Theil I S. 48

vorgeschlagen habe, stillschweigend Gebrauch, indem er den hieher gehörenden Passus S. 230 so paraphrasirt:

„Die Aquilische Klage gilt auch jetzt noch, weil ihr Erfolg möglicher Weise über das Simplum hinausgeht, so dass dann die Klage auch nach Abzug des schon bezahlten Simplum noch immer ein Object hat, für welches sie denn auch wirklich zulässig ist." —

Wir betrachten zuerst die Meinung derer, welche mit Beibehaltung der florentinischen Lesart vor *remanere* die Negation hinzufügen. Hier sind besonders Donellus §. 17 und Huschke S. 184 ff. zu nennen.

Es lässt sich ohne Mühe nachweisen, dass durch die Lesart *non remanere* der Sinn der Stelle durchaus corrumpirt wird.

Paulus hat kurz vorher von dem Verhältniss der *actio commodati* zu der *actio legis Aquiliae* ganz ausdrücklich gesagt, dass sie collidiren, indem er die Collision zwischen der *actio locati* und *condictio furtiva* ausspricht, und hinzufügt, dass dasselbe auch von dem Zusammentreffen der *actio commodati* und der Aquilischen Klage gelte. Hienach bedurfte es keiner Untersuchung mehr darüber, ob die Aquilische Klage nach der *actio commodati* noch zulässig sei, und noch weniger brauchte verneint zu werden, dass der Ueberschuss der Aquilischen Klage nicht nachzufordern sei, weil dies Alles aus dem vorhin dargestellten Princip der Collision ohne Weiteres folgt. Paulus würde widersinnig gehandelt haben, wenn er eine Consequenz dessen verneint haben sollte, was er kurz zuvor mit der grössten Sicherheit bejaht hat.

Ferner kann aus dem Grunde die Lesart *non remanere* nicht gebilligt werden, weil die l. 34 §. 2 sonst mit der l. 7 §. 1 D. *commod.* in Widerspruch treten würde, wo Ulpian sich in ganz gleichem Falle für die Gestattung des Mehrbetrages der zweiten Klage erklärt.

Um jene Lesart zu retten, sind die künstlichsten Mittel in Anwendung gebracht worden. Huschke S. 185 sagt in Uebereinstimmung mit Donellus über den Schlusspassus der l. 34 §. 2 Folgendes:

„Paulus argumentirt aus dem Begriff der blos accessorischen Natur, welche jenes Mehr der dreissig Tage zurückgehenden Schätzung im Verhältniss zu dem einfachen Betrage habe: *quia id, quod in repetitione triginta dierum amplius est, simplo accedit:* weshalb, nachdem dieser einfache

Betrag als Hauptobligation weggefallen sei, auch nicht mehr von jenem Accessorium die Rede sein könne."

Gegen diese Ansicht haben sich mit Recht unter Andern Thibaut S. 192 und Kleinschrod S. 24 erklärt: die Herbeiziehung des Satzes: *accessorium sequitur principale* ist unpassend und ermangelt des quellenmässigen Anhaltes. —

Die Lesart der Florentina wird in ihrem ganzen Umfange beibehalten von Krug (*de condictione furtiva* 1830 *pag.* 66). Savigny giebt S. 230 Krug's Auslegung in folgender Weise wieder:

„Die Aquilische Klage bleibt übrig, aber nicht blos, wie es in der Frage ausgedrückt war, für das *amplius*, sondern ganz (also *remanere* für *integram remanere*), weil nemlich das *amplius* in der Klage nur als ein Zusatz zu dem Simplum erscheint, also, wenn man das Simplum aus der Klage weglassen wollte *(simplo subducto)* auch das *amplius* nicht als Inhalt einer Klage möglich ist."

Zunächst erscheint es sprachlich ganz unzulässig, bei *remanere* stillschweigend die ganze Klage hinzuzudenken: wir werden dadurch zu der weiteren Willkühr gedrängt, in dem Nebensatze *quia simplo accedit* ein ganz anderes Subject anzunehmen, als in dem Hauptsatze, nemlich *amplius*. Nach der Krug'schen Erklärung geht sodann Paulus über den Inhalt der vorgelegten Frage hinaus: denn daran, dass auch die zweite Klage vollständig durchzusetzen sei, dachte vorläufig Niemand. In Folge der von ihm aufgestellten Voraussetzungen ist Krug schliesslich genöthigt, die Entscheidung der Frage nur in einem von dem Juristen nicht ausgedrückten Hintergedanken zu suchen. In diesem Hintergedanken wolle Paulus darauf hinaus, dass das mit der ersten Klage schon erhaltene Simplum mittelst einer *doli exceptio* bei der zweiten Klage nicht mehr zu erlangen sei.

Auch Thibaut S. 192 schliesst sich an die florentinische Lesart an. Um dies möglich zu machen, nimmt er mit den daselbst Note 81 citirten älteren Schriftstellern *subducere* in der Bedeutung: „in Ansatz bringen," und legt dann dem uns hier interessirenden Satze folgenden Sinn bei:

„die *actio legis Aquiliae* bleibt übrig, aber das schon erhaltene Simplum darf dabei nicht in Ansatz gebracht werden."

Diese Umschreibung ist ungenau: nach Thibaut's Erklärung müsste Paulus gesagt haben: *etsi simplum sub-*

duci non possit. Während ferner Paulus auch in den Schlussworten *amplius* als Subject voraussetzt, supponirt Thibaut daselbst die ganze Klage. Nach diesen Ausstellungen erscheint es fast überflüssig, gegen die gebrauchte Bedeutung von *subducere* Einspruch zu thun.

Savigny folgt dem schon erwähnten Vorschlage des Cujacius, das *non* vor *habet* herauszuwerfen. Sowie wir ihm hierin beistimmen, so können wir doch die Argumente nicht billigen, auf welche er sich beruft, um die ersterwähnte Lesart *non remanere* anzufechten. Erstlich meint Savigny S. 230, dass das von Paulus in l. 41 §. 1 D. *de* O. et A. aufgestellte Princip der partiellen Concurrenz entgegensteht, welches er so festhalte, dass er es auch da anwende, wohin es nicht gehört. Dieser Tadel des Paulus ist schon vorhin (S. 80) zurückgewiesen worden. Sodann aber stände der Lesart und dem mit ihr zusammenhängenden Resultate entgegen:

„dass Paulus wenige Zeilen vor unserer Stelle (im *principium* der l. 34) die Aquilische Klage hinter der Injurienklage *in id quod amplius competit* gelten lässt, welches also auf dieselbe Weise auch hinter der *actio commodati* möglich und richtig sein muss."

Diese Bemerkung beruht auf einer offenbaren Vermischung der Grundsätze, welche bei der Concurrenz gelten, mit denen, welche die Collision zu regeln bestimmt sind. Savigny hat übersehen, dass in l. 34 pr. von einer Beschränkung der an sich durchführbaren Klagerechte, in l. 34 §. 2 dagegen von einer Erweiterung des durch die Collision afficirten Anspruches die Rede sei.

Die S. 104 mitgetheilte Ansicht Savigny's, dass der Mehrbetrag nur in den Fällen nicht gewährt werde, wo die zweite Klage keinen höheren Ertrag liefere, hat auch auf seine Interpretation der l. 34 §. 2 influirt. Um die Antwort des Paulus: *sed verius est remanere etc.* auf alle Fälle zu beziehen, sei es dass die zweite Klage mehr bietet oder nicht, übersetzt Savigny S. 230 dieselbe so:

„Die Aquilische Klage gilt auch jetzt noch, weil ihr Erfolg (möglicherweise) über das Simplum hinausgeht."

Allein wir müssen uns gegen diese Einschiebung des „möglicherweise" durchaus erklären, indem Paulus nur den Fall voraussetzt, wo die Schätzung der dreissig Tage wirklich ein *amplius* darbietet. In diesem Sinne formulirt Paulus

die Frage, und nach deren Fassung muss dann auch genau die Antwort bestimmt werden. —

Die gegebene Uebersicht der auf den Schluss der l. 34 §. 2 D. *de* O. et A. bezüglichen Interpretationen (noch andere s. bei *Schulting et Smallenburg ad* l. 34 §. 2 *cit. tom.* VI *pag.* 669 *sqq.*) hat gezeigt, dass sich in allen mehr oder minder positive Mängel nachweisen lassen. Bei der von mir Theil I S. 45 ff. proponirten Erklärung glaube ich dieselben vermieden zu haben.

Da, wie oben bemerkt, das quellenmässige Princip der Collision für das Zusammentreffen einer gemischten und einer reipersecutorischen Klage vielfach verkannt, und statt dessen die Gewährung des Mehrbetrages als regulaires Moment aufgefasst worden ist, so haben viele Schriftsteller an manchen Gesetzen, welche das Princip ohne Benutzung der Amplification anwenden, den grössten Anstoss genommen. Ganz vorzugsweise gilt dies in Beziehung auf die l. 2 §. 1 D. *de tutel. act.*

Einige, z. B. Kleinschrod S. 36, erblicken in der l. 2 §. 1 *cit.* eine ganz singulaire Bestimmung. Thibaut S. 196 ff. kann sich auch hier nicht von dem ihm allein vernünftig scheinenden Satze trennen, dass der Ueberschuss der grösseren Klage nach Durchsetzung der kleineren noch nachgefordert werden könne. Da die l. 2 §. 1 D. *de tutel. act.* hievon eine Abweichung enthält, so wird er an den Römischen Juristen ganz irre. Namentlich glaubt er auch, dass der §. 2 der vorliegenden Stelle, welcher auf die gemischte Natur der *actio rationibus distrahendis* hinweiset, die in §. 1 gegebene Entscheidung „ganz problematisch" mache. „Ist nemlich", fährt Thibaut S. 197 fort, „bei der *actio rationibus distrahendis* nur eine Hälfte reipersecutorisch, die andere aber eine reine Strafe, so ist es nach den allgemeinen Grundsätzen und den sonstigen Aeusserungen von Ulpian und Paulus unerklärbar, wie das Einfordern des blossen Schadensersatzes von der Klage auch die Strafe ausschliessen kann." Thibaut sieht keinen andern Ausweg, als den, sich der Meinung von Finestres anzuschliessen, welcher auf die Formel zurückgeht, und sich dieselbe im vorliegenden Fall so concipirt denkt: „*quod ex ratione tutelae pupillo abest, tutor duplo restituat.*" Nach Durchsetzung der *actio tutelae* fehle dem Pupillen nichts mehr, daher müsse er auf die *actio rationibus distrahendis* verzichten.

Allein es dürfte in der Formel wohl eher das *auferre* des Vormundes erwähnt worden sein, etwa in der Weise wie Paulus in *principium* der l. 2 sagt: *actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit.* Uebrigens gibt Thibaut S. 200 selbst zu, dass die von ihm der Formel untergelegte Fassung nicht ganz vorsichtig gewesen wäre: aber das vermisse man ja so oft bei Römischen Gesetzen (!).

Abgesehen davon, dass *tolli* der technische Ausdruck zur Bezeichnung der Collision ist, wird die Collision zwischen den beiden genannten Klagen als etwas ebenso Einfaches und Unstreitiges dargestellt, als kurz vorher in demselben Paragraphen die Concurrenz (das *non tolli*) der *actio furti* und der *actio rationibus distrahendis*. Sodann macht der folgende §. 2, welcher die letzte Klage als *mixta* characterisirt, die Entscheidung des Paulus nicht, wie Thibaut wähnt, problematisch, sondern setzt sie gerade in ein recht helles Licht, da der Jurist in den Worten *quia nihil absit pupillo* auf die der *condictio furtiva* und der *actio rationibus distrahendis* gemeinsame reipersecutorische Grundlagen hinweisen will, s. Theil I S. 37.

Die andern bei Thibaut erwähnten Erklärungsversuche sind nicht der Beachtung werth. Nur um ihres Urhebers willen führe ich die Idee des Cujacius an, welche (Obs. VIII c. 24) behauptet, dass die *actio rationibus distrahendis* eine *actio arbitraria* sei, und demgemäss nur gegen den sich dem *arbitrium* Wiedersetzenden auf's Doppelte gehe. Allein, abgesehen von dem völlig mangelnden Beweise dieser Behauptung, würde durch sie nichts erklärt werden, weil wir in den Quellen nirgends eine Andeutung darüber haben, dass die arbiträre Natur einer Klage für die Concurrenz oder Collision von Einfluss sei. Finden sich für zwei Klagen die zur Concurrenz nöthigen Voraussetzungen, so concurriren dieselben, gleichviel ob eine von ihnen arbiträr ist: muss dagegen zwischen zwei Klagen Collision eintreten, so geschieht dies unbedingt, sei es dass die arbiträre Klage zuerst geltend gemacht worden, oder nicht.

Savigny hält, wie Theil I S. 24 mitgetheilt wurde, die *actio rationibus distrahendis* für eine rein reipersecutorische. Dass aber diese Annahme den ausdrücklichsten Quellenzeugnissen widerspricht, ist dort ebenfalls angedeutet: aus-

führlicher handelt davon Kleinschrod S. 34 u. 35. Ich glaube nicht zu irren, wenn ich behaupte, dass Savigny zu der beschriebenen Annahme mit Rücksicht auf die in l. 2 §. 1 D. *de tutel. act.* enthaltene Entscheidung geführt worden ist. Denn da er von der Ansicht ausgeht, dass nach Durchsetzung der kleineren Klage noch der Ueberschuss der grösseren geltend gemacht werden könne (was stets der Fall sei, wenn sie einen Strafzusatz in sich schliesse), so musste ihm die l. 2 §. 1 auffallend vorkommen. Daher hat er vielleicht den Widerspruch der l. 2 §. 1 auf die dargestellte Weise zu beseitigen gesucht.

Gleich der l. 2 §. 1 D. *de tutel. act.* enthält auch die l. 5 §. 1 D. *de calumn.* eine regelmässige Anwendung des Grundsatzes, dass eine gemischte Klage mit einer reipersecutorischen collidire. So ist es aber den Rechtslehrern, welche überhaupt Notiz von der l. 5 §. 1 nehmen (denn die meisten ignoriren sie gänzlich), nicht erschienen. Göschen Vorlesungen I §. 159 S. 454 glaubt, dass die citirte Stelle einen ganz singulairen Satz ausspreche. Savigny S. 257, 58 meint, dass dem Beklagten nur aus äusseren Gründen ein Wahlrecht eingeräumt worden sei zwischen der Condiction auf das gegebene Geld und der Strafklage auf den vierfachen Werth. Beide Objecte seien völlig verschieden und könnten sehr wohl neben einander bestehen. —

Die Regel, dass mehrere Klagen von reipersecutorischer Beschaffenheit mit einander collidiren, hat man durchgängig anerkannt: über die Interpretationen der einschlagenden Stellen ist nichts Besonderes zu bemerken. —

Hiemit schliesse ich die dogmengeschichtlichen Erörterungen.

QUELLENREGISTER.

I. Justinianische Quellen.

A. Institutionen.

Lib. 4. Tit. 1. *De obl. quae ex del.*
§. 8 . . . . . 88*)
§. 19 . . . . . 17, 44, 99.
Lib. 4. Tit. 6. *De actionibus.*
§. 18 . . . . . 23.
§. 19 . . . . . 22.
Lib. 4. Tit. 9. *Si quadrup. paup. f. d.*
§. 1 . . . . . 20, 32.

B. Digesten.

Lib. 3. Tit. 6. *De calumniatoribus.*
l. 5 §. 1 1, 3, 33, 37, 51, 58, 103, 112.
Lib. 4. Tit. 2. *Quod metus causa.*
l. 9 §. 5 . . . . . 38.
l. 9 §. 6 . . . . . 2, 3, 38, 102.
l. 9 §. 7 . . . . . 38.
l. 14 §. 10 . . . . . 38.
l. 14 §. 13 . . 2, 38, 53, 56, 83.
Lib. 4. Tit. 3. *De dolo.*
l. 17 pr. . . . . 39.
l. 18 pr. . . . . 39.
Lib. 4. Tit. 6. *Ex quibus causis majores.*
l. 18 . . . . . 15.
Lib. 5. Tit. 3. *De H. P.*
l. 36 §. 2 . . . . . 39, 60, 61.
Lib. 6. Tit. 1. *De R. V.*
l. 13 . . . . . 4, 39, 60.
l. 14 . . . . . 39.
Lib. 7. Tit. 1. *De usufructu.*
l. 66 . . . . . 3, 23, 47.
Lib. 9. Tit. 2. *Ad legem Aquiliam.*
l. 1 pr. . . . . 30.
l. 5 §. 1 . . . . . 1, 23.
l. 7 §. 6 . . . . . 27.
l. 7 §. 8 . . . . . 4, 40.
l. 18 . . . . 4, 40, 59, 60, 61.
l. 23 §. 8 . . . . . 22.
l. 27 pr. . . . . 19.
l. 27 §. 11 . . . . 4, 40, 57, 78.
l. 27 §. 34 . . . . . 3.
l. 32 §. 1 . . . . . 28.
l. 41 . . . . . 23.
l. 46 . . . . . 27, 29.
l. 47 . . . . . 27, 28, 29.
l. 49 pr. . . . . 27.
Lib. 10. Tit. 2. *Famil. hercisc.*
l. 16 §. 5 . . . . . 41.
Lib. 11. Tit. 3. *De servo corrupto.*
l. 9 §. 2 . . . . . 22.
l. 11 §. 2 . . . . 2, 3, 24, 91.
l. 14 §. 5 . . . . . 22.
l. 16 . . . . . 24.
Lib. 12. Tit. 1. *De R. C.*
l. 9 §. 1 . . . . . 75.
Lib. 13. Tit. 1. *De condictione furtiva.*
l. 1 . . . . . 101.
l. 7 §. 1 2, 3, 14, 16, 17, 32, 33, 34, 83, 99.
Lib. 13. Tit. 6. *Commodati.*
l. 5 §. 8 . . . . . 3, 33, 34.
l. 7 §. 1 40, 51, 56, 60, 61, 103, 104, 105.
l. 18 §. 1 . . 2, 3, 7, 40, 58, 103.
Lib. 14. Tit. 3. *De instit. act.*
l. 5 §. 8 . . . . . 21.
Lib. 14. Tit. 4. *De tribut. act.*
l. 9 §. 1 . . . . . 11, 73.
Lib. 16. Tit. 3. *Depositi.*
l. 1 §. 38 . . . . . 32.
l. 29 pr. . . . . 3, 38.
Lib. 17. Tit. 1. *Mandati.*
l. 22 §. 7 . . . . . 3, 32.
Lib. 17. Tit. 2. *Pro socio.*
l. 38 §. 1 . . . . 2, 6, 13, 43.
l. 43 . . . . . 42, 43.
l. 45 . . . . . 2, 32.
l. 46 . . . . . 32, 33.
l. 47 pr. . . . . 2, 43, 52, 58.
l. 47 §. 1 . . . 4, 7, 13, 36, 59.
l. 48 . . . . . 4, 7, 13, 36, 59.
l. 49 . . . . . 7, 13, 59.
l. 50 . . 13, 36, 59, 61, 103, 104.
Lib. 18. Tit. 5. *De rescindenda venditione.*
l. 6 . . . . . 75.
Lib. 19. Tit. 1. *De A. E. V.*
l. 10 . . . . . 18, 19.
l. 28 . . . . . 4.
Lib. 19. Tit. 2. *Locati.*
l. 25 §. 5 . . . . 4, 7, 41, 60.
l. 30 §. 2 . . . . . 4, 40.
l. 35 §. 1 . . . . . 43, 56.
l. 42 . . . . . 3, 7, 32.
l. 43 . . . . 3, 6, 40, 59, 60.
Lib. 19. Tit. 5. *De praescriptis verbis.*
l. 14 §. 1 . . . 3, 12, 23, 80, 91.
Lib. 25. Tit. 2. *De actione rerum amotarum.*
l. 24 . . . . . 3, 4, 13, 44.

*) Die Zahlen beziehen sich auf die Seiten.

Lib. 26. Tit. 7. *De adm. tutor.*
l. 55 §. 1 . . . . . 37.
Lib. 27. Tit. 3. *De tutelae actione.*
l. 1 §. 21 . . 11, 68, 72, 73, 75.
l. 1 §. 22 . . . . 6, 11, 68, 72.
l. 1 §. 23 . . . . . 22, 24.
l. 2 pr. . . . . 11, 36, 111.
l. 2 §. 1 2, 3, 24, 36, 47, 50, 51, 56, 85, 103, 110, 112.
l. 2 §. 2 . . . . . 24, 37.
Lib. 39. Tit. 4. *De publicanis.*
l. 1 §. 2 . . . . . 10.
l. 1 §. 4 . . . . . 10.
Lib. 41. Tit. 8. *Pro legato.*
l. 9 . . . . . 87.
Lib. 43. Tit. 24. *Quod vi aut clam.*
l. 15 §. 12 . . . . 16, 44, 57.
Lib. 44. Tit. 2. *De exceptione rei judicatae.*
l. 3 . . . . . 77.
l. 7 §. 4 . . . . . 77.
l. 12 . . . . . 77.
l. 13 . . . . . 77.
l. 14 pr. . . . . 77, 78.
Lib. 44. Tit. 4. *De doli exceptione*
l. 2 §. 5 . . . . . 54.
Lib. 44. Tit. 7. *De O. et A.*
l. 4 . . . . . 67.
l. 18 . . . . . 70.
l. 32 3, 6, 22, 25, 29, 30, 31, 47, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 97, 101, 106.
l. 34 pr. 2, 5, 12, 23, 25, 31, 34, 45, 46, 47, 48, 52, 76, 79, 81, 82, 83, 84, 87, 88, 91, 94, 95, 96, 100, 101, 109.
l. 34 §. 1 2, 4, 13, 44, 48, 53, 54, 55, 58.
l. 34 §. 2 2, 4, 32, 33, 35, 36, 38, 44, 48, 50, 51, 61, 103, 104, 106, 107, 109, 110.
l. 35 . . . . . 15, 37.
l. 41 pr. . . . . 31, 47, 87.
l. 41 §. 1 6, 29, 46, 52, 66, 67, 80, 81, 84, 109.
l. 53 pr. 8, 25, 26, 27, 28, 29, 66, 68, 75, 83, 87, 88, 89, 90, 91, 101.
l. 60 . . . 1, 18, 21, 84, 92, 93.
Lib. 45. Tit. 2. *De duobus reis.*
l. 3 §. 1 . . . . . 74.
Lib. 46. Tit. 1. *De fidejussoribus.*
l. 5 . . . . . 18, 19.
Lib. 47. Tit. 1. *De privatis delictis.*
l. 2 . . . . . 19.
l. 2 §. 1 . . . . . 19.
Lib. 47. Tit. 2. *De furtis.*
l. 9 §. 1 . . . . . 3, 44, 57, 60.
l. 14 §. 16 . . . . . 99.
l. 33 . . . . . 33.
l. 54 §. 3 . 2, 3, 13, 15, 16, 33, 44.
l. 71 pr. 3, 34, 53, 54, 55, 99, 100, 101.
l. 71 §. 1 . . . . . 101.
l. 80 §. 3 . . . . . 8.
l. 88 . . . . . 9, 10, 75, 76.
Lib. 47. Tit. 7. *Arborum furtim caesarum.*
l. 1 22, 29, 46, 76, 80, 81, 82, 90.
l. 5 §. 1 . . . . . 30.
l. 7 §. 7 . . . . . 22, 39.
l. 8 . . . . . 22, 39.
l. 9 . . . . . 3, 39, 59, 60.
l. 11 . 3, 22, 29, 40, 46, 57, 80, 87.
Lib. 47. Tit. 8. *Vi bonorum raptorum.*
l. 1 . . . . . 9, 10, 75, 76.
l. 2 §. 10 . . . . . 8, 76.
l. 2 §. 26 . . . . . 9.
Lib. 47. Tit. 10. *De injuriis.*
l. 1 §. 9 . . . . . 2.
l. 25 . . . . . 12, 23.
l. 15 §. 35 . . . . . 95.
l. 15 §. 45 . . . . . 95.
l. 15 §. 46 23, 77, 91, 92, 93, 94, 96.
l. 15 §. 48 . . . . . 94, 95.
Lib. 48. Tit. 5. *Ad legem Juliam de adulteriis.*
l. 6 pr. . . 3, 22, 23, 84, 93, 97.
Lib. 50. Tit. 17. *De R. J.*
l. 43 §. 1 . . . . 1, 42, 43, 68.
l. 130 . 1, 18, 19, 20, 21, 84, 85, 86, 88, 92, 93.

C. Codex.

Lib. 4. Tit. 34. *Depositi.*
l. 3 . . . . . 33.
Lib. 4. Tit. 54. *De pactis inter emtorem.*
l. 2 §. 1 . . . . . 75.
Lib. 5. Tit. 18. *Soluto matrimonio.*
l. 7 . . . . . 26.
Lib. 6. Tit. 2. *De furtis.*
l. 12 . . . . . 2, 15, 33, 34.
l. 19 . . . . . 33.
l. 20 . . . . . 24, 88.
Lib. 9. Tit. 31. *Quando civ. actio.*
l. un. . . . . 99.

II. Uebrige Quellen.

Gajus Comm. III. §. 209 . . 8, 75.
Paulus R. S. II, 31 §. 34 . . . 99.

OFFICIN VON BERNHARD TAUCHNITZ.

CORRIGENDA.

S. 23 Z. 12 v. o. statt *ationem* lies *actionem*.
S. 46 Z. 15 v. o. setze hinter *minus* ein Komma.
S. 50 Z. 14 v. u. statt S. 45—47 lies S. 36—40.
S. 59 Z. 19 v. o. statt *contentum* lies *contentus*.
S. 99 Z. 5 v. u. statt *perpetuum* lies *perpetuus*.
S. 102 Z. 2 v. u. statt finde lies findet.

12/2 121

Aus dem Verlage von Bernhard Tauchnitz.

Biener, Dr. Friedr. Aug., das englische Geschwornengericht. 3 Bänd
gr. 8. brosch. 4 3/4 Th

— — Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte. 2 Heft
gr. 8. 1 1/2 Th

Inhalt des ersten Heftes: Ueber die Einführung der Geschwornengerichte in England. — His
rische Erörterungen über den Ursprung und den Begriff des Wechsels.
Inhalt des zweiten Heftes: Begründung des Criminal-Rechts und Processes nach historisch
Methode.

Corpus juris canonici. Post Justi Henningii Boehmeri curas bre
adnotatione critica instructum ad exemplar Romanum denuo edid
AEM. LUDOV. RICHTER. Opus uno volumine absolutum. Pars I. Decr
tum Gratiani. Pars II. In qua decretalium collectiones continentu
Editionis supplem. Concilium Tridentinum. gr. 4. cartonn. 10 2/3 Thl

Keller, Dr. F. L. von, Geheimer Justizrath und ordentl. Professor der Rech
zu Berlin, der Römische Civilprozess und die Actionen in summarisch
Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen. Zweite Ausgabe.
brosch. 1 1/2 Thl

Müller, Dr. C. O., Professor der Rechte zu Leipzig, Lehrbuch der Institutio
nen. Erste Abtheilung. gr. 8. brosch. 27 Ngr

Osterloh, Dr. Robert, ord. Professor der Rechte zu Leipzig, der ordentlich
bürgerliche Prozess nach Königl. Sächs. Rechte systematisch dargestell
Dritte verbesserte u. vermehrte Aufl. 2 Bände. gr. 8. brosch. 4 2/3 Thl

— — Die summarischen bürgerlichen Prozesse nach Königl. Sächsischen
Rechte. Zweite verbesserte u. vermehrte Auflage. gr. 8. brosch. 2 Thl

Puchta, Georg Friedr., Vorlesungen über das heutige römische Recht
Aus dessen Nachlass herausgegeben von Dr. Ad. Aug. Friedr. Rudorff
Geh. Justizrath und ordentl. Professor der Rechte zu Berlin. Vierte vermehrte und
verbesserte Auflage. 2 Bände. gr. 8. brosch. 4 1/2 Thlr

Richter, Aemilius Ludw., Ober-Consistorialrath und ordentl. Professor de
Rechte zu Berlin, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchen
rechts mit besonderer Rücksicht auf deutsche Zustände. Vierte, ver
besserte, zum Theil umgearbeitete Auflage. gr. 8. brosch. 3 Thlr

Rüttimann, J., Mitglied des Schweizerischen Bundesgerichtes, der englische
Civil-Prozess mit besonderer Berücksichtigung des Verfahrens de
Westminster Rechtshöfe. gr. 8. brosch. 2 Thlr

Wetzell, Dr. Georg Wilh., System des ordentlichen Civilprozesses.
Erste Abtheilung. gr. 8. brosch. 27 Ngr

— — Der römische Vindicationsprozess. gr. 8. brosch. 1 1/2 Thlr